وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة وهران

كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية



الغَيْبَة و أثرُها في التَّطليق

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة و القانون

إعداد الطالب

العربي باشا مصطفي

تحت إشراف

الدكتور حوالف عكاشة

أعضاء لجنة المناقشة

د . داودي عبد القادر	أستاذ محاضر	رئيسا	جامعة وهران
د . حوالف عكاشة	أستاذ محاضر	مشرفا	جامعة وهران
د . بن عمار زهرة	أستاذ محاضر	مناقشا	جامعة وهران
د . جبار أمال	أستاذ محاضر	مناقشا	جامعة وهران

السنة الجامعية : 2012-2013

بسم الله الرحمن الرحيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ إِنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ

وَيُنَزِّلُ الْغَيْثَ

وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ

وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَاذَا تَكْسِبُ غَدًا

وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ

إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾

سورة لقمان 34

إهــــــــــــــــــداء

إلى خير البرية، وخير من أقلت الأرض وأظلت السماء سيدنا محمد -صلى الله عليه وسلم- وعلى آله وصحابته الغُرِّ الميامين.

إلى روح الوالد -رحمه الله-.

إلى الوالدة -حفظها الله-.

إلى زوجتي وأبنائي.

إلى كل أفراد عائلة العربي باشا، وعمارة، وبولنوار، وبلغول، وحونات، ومداني خيرة.

إلى كل الأساتذة منذ الصغر.

إلى كل من ربطتنا به علاقة خير من الأصدقاء والأحباب.

أهدي هذا العمل العلمي المتواضع.

العربي باشا مصطفى

شكــــــــــــــــر و تقديــــــــــــــــر

بعد أن منَّ الله علينا بمنه وجوده وكرمه بإتمام هذا البحث العلمي المتواضع، فإنني أتوجه بخالص الشكر والتقدير لفضيلة **الدكتور عكاشة حوالف** الذي تكرم علينا بالإشراف على هذه المذكرة ومنحنا من وقته وجهده، وغمرنا بلطفه وكرم أخلاقه، وأمدَّنا بالتوجيه والإرشاد حتى تمام هذه المذكرة، فجزاه الله خير الجزاء.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى جميع الأساتذة الأفاضل الذين كان لهم الدور في تمدرسنا، وبخاصة صاحب المشروع الدكتور عبد القادر داودي، وكذا الأساتذة الذين استفدنا من نصائحهم وتوجيهاتهم كالدكتور عز الدين مخزومي، والدكتور الأخضر لخضاري، والأستاذ محمد مبروك، والدكتورة ليلى جمعي، والدكتورة أمال حبار، والدكتور محمد حيدرة، وغيرهم.

الرموز المستعملة ودلالتها

ج: الجزء.

ص: الصفحة.

ت: تحقيق.

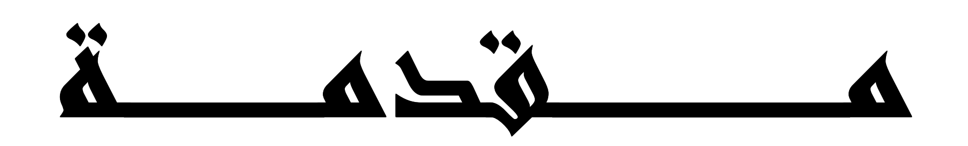
ط: الطبعة.

دط: دون طبعة.

دت: دون تاريخ الطبع.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.


مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة و السلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

إنَّ الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشدا.

أما بعد؛ لقد خلق المولى تبارك وتعالى الإنسان على هذه الأرض، وجعل منه الزوجين الذكر والأنثى، وشرع لهم الزواج سبيلا أمثل ليتمكن كل منهما من تحقيق الهدف الأسمى، والمقصد الأغلى ألا وهو حفظ وبقاء النوع الإنساني في ظل حياة زوجية تغشاها المودة والرحمة لقول الله تعالى في محكم تتريله: ﴿وَمِنْ آَيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُواْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ الروم 21، وقوله عز من قائل: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آَتَيْتَنَا صَالِحًا لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِـــــرِينَ﴾ الأعراف 189.

هذه الحياة التي ضبطها الإسلام، وجعل لها نظاما متماسكا، حيث رسم لها الطريق الأمثل والأسلم، والطريق الأنجع لتبقى قائمة متماسكة متراصَّة تؤدي رسالتها السامية التي لأجلها تكونت، وذلك من خلال سنِّ الأحكام الشرعية المنظِّمة لها، هذا إن التزمت وسارت على ما هو مرسوم لها.

إلا أنه قد تعتري وتطرأ على هذه الأسرة أمورٌ تهز كيانها، وتعصف بجذورها، فتكون إلى التشتت والزوال أقرب، وعن أداء رسالتها أبعد، وما أكثر هذه الأمور المعوقة، وبخاصة في زماننا الحالي الذي تعددت فيه مُنغِّصات الحياة؛ لكن هذا لا يعني أن الدين الإسلامي ترك الأسرة وشأنها، وغفل عن معالجة هذا الوضع الذي حل بها، فقد بيَّن الطرق المثلى للعلاج، ومن ذلك فض التراع عن طريق إنهاء العلاقة الزوجية كحل أخير.

ومن بين هذه الأحوال التي تطرأ على الأسرة، وتستجد على الحياة الزوجية حالة غياب الزوج عن زوجته؛ حيث أصبحت هذه الحالة ظاهرة من أبرز الظواهر الاجتماعية التي تعاني منها المجتمعات العربية والإسلامية، وذلك لعدة أسباب منها ما هو اجتماعي واقتصادي، ومنها ما هو سياسي وهذا بعضها:

1-كثرة الهجرة إلى البلدان المتطورة، وبخاصة الدول الأوربية بحثا عن ظروف اجتماعية واقتصادية أفضل، وهذا ما يفرض على الزوج المهاجر المكوث في ذلك البلد فترة أطول قصد تسوية وضعية الإقامة، مما قد يدفعه إلى الارتباط بزوجة أخرى، وإهمال زوجته الأولى.

2- الهجرة غير الشرعية التي عرفتها دول شمال البحر المتوسط ومنها الجزائر تجاه الضفة الأخرى، وما ترتب عن ذلك من الأعداد الهائلة للمفقودين الذين لم يعرف عن أحوالهم شيء.

3- السفر إلى البلدان المتطورة في مجال التكنولوجيا والأبحاث العلمية، بهدف الرفع من الكفاءة العلمية، وكسب الخبرة، وهذا ما يدفع بالأزواج إلى التخلي عن أزواجهم لسنين طويلة،كون هذه البلدان المستقبلة لا تسمح بنقل الزوجات إليها.

4- ظاهرة الإبادة العِرْقية، التي أصبح يتعرض لها المسلمون، فكثيرا ما نقرأ، أو نسمع عن العثور على جثث مجهولة، تم التنكيل بها من قبل عصابات متطرفة، أو إجرامية وهذا ما زاد من عدد المفقودين.

5- ترك الأزواج لمقر الزوجية عمدا، حيث يخرجون لجهة مجهولة وغير معلومة، قصد التملص من أداء الواجبات العائلية، حتى صار لها تسمية عند رجال القانون بــ"الإهمال العائلي".

6- الاقتتال الداخلي في البلد الواحد، بسبب تغيير نظام الحكم، كما شهدته الكثير من بلدان العالم العربي في الآونة الأخيرة، وما ترتب عن هذا من الأعداد الهائلة للمفقودين.

7- إنكار الكثير من البلدان التي تُكِنُّ عداء للمسلمين لوجود أشخاص معتقلين لديها، مثل ما يعانيه الشعب الفلسطيني، وأشخاص من بلدان عربية وإسلامية.

وعلى هذا صارت مسألة الغيبة مَثار اهتمام الباحثين في حقل المعرفة، نظرا لارتباطها بمسائل متنوعة، مثل أثرها على عقد الزوجية، وعلى أموال الغائب كالوصية والميراث وغير ذلك من المسائل.

لذا، اخترت جزئية من هذا الموضوع المتشعب كي تكون محل بحثي ودراستي، وهي جزئية –التطليق للغيبة– وما يتعلق بها من أحكام في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ومن هنا طرحت التساؤلات التالية :

- **إشكالات البحث**:

1- ما المقصود بالغيبة في الفقه الإسلامي؟ وهل المفهوم نفسه موجود عند المشرع الجزائري في قانون الأسرة؟

2- إذا غاب الزوج، هل يُحكم عليه وهو غائب؟ أم لا بد من حضوره أمام القضاء حتى يتمكن من سماع الدعوى، والرد على تظلمات المدَّعِي؟

3- إذا غاب الزوج عن زوجته، وتضررت ماديا أومعنويا من جراء هذا الغياب، فهل بإمكانها اللجوء إلى القضاء مطالبة بالفرقة؟ وما مدى مشروعية هذا الطريق الذي سلكته شرعا وقانونا، كون الطلاق حقا خالصا للزوج؟

4- لو حكم الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري بإمكانية المطالبة بهذا الحق، هل يسري هذا في جميع صور الغيبة التي يغيبها الزوج؟

5- هل المسائل الفقهية التي ذكرها الفقهاء في مسألة الغيبة قابلة لإعادة النظر فيها أم لا؟

6- هل وافق المشرع الجزائري في مواده القانونية المتعلقة بالغيبة ما جاء في الفقه أم خالفه؟

7- هل المشرع الجزائري في مسألة الغيبة كان متعدد الأخذ من المذاهب الفقهية الإسلامية، أم أنه أخذ من المذهب المالكي فقط، كونه المذهب المعتمد في الجزائر؟

كل هذه التساؤلات سنحاول الإجابة عنها من خلال هذه المذكرة المتواضعة والموسومة بـــ: « **الغَيْبَة وأَثَرُهَا في التطليق**».

- **أهمية البحث**:

يكتسي هذا البحث أهمية بالغة ويظهر هذا من جانبين.

أ- الجانب العلمي: تظهر أهمية هذا البحث من الجانب العلمي في النقاط التالية:

1- تقريب أحكام الفقه الإسلامي في مسألة الغيبة من المشتغلين في حقل القضاء،كون الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساس الذي أخذت منه غالبية التشريعات الوضعية قوانينها في مجال الأحوال الشخصية.

2- بيان موقف الشريعة الإسلامية في القضايا التي لها علاقة بالمرأة، ومدى اهتمامها بحقوقها المادية والمعنوية، وفي هذا ردٌّ على المشككين والمغرضين الذين أثاروا شُبَهاً ضد الشريعة بأنها بَخَست المرأة حقها، و لم تستجب لتطلعاتها.

3- إثراء وتثمين قانون الأسرة الجزائري، لا سيما وأن الصراع قائم حوله بين دعاة الإلغاء له، ودعاة الإبقاء عليه رغم النقائص والثغرات الموجودة فيه.

ب- الجانب الواقعي:

إن موضوع الغيبة يرتبط ارتباطا وثيقا بالواقع الراهن الذي نعيشه، وهذا ما تمت الإشارة إليه من خلال التساؤلات المطروحة سابقا.

- منهجية البحث:

إن المنهجية المتبعة في هذا البحث تتمثل في بيان موقف الشريعة الإسلامية من مسألة الغيبة، من خلال ما جاء في المذاهب الفقهية الأربعة، بالإضافة إلى المذهب الظاهري،كونها أشهر المذاهب التي يَدِين بها عامة المسلمين عبر العالم؛ مع بيان موقف قانون الأسرة الجزائري من هذه المسألة، ومحاولة المقارنة بينه وبين أحكام الفقه الإسلامي،كما تم تدعيم هذا البحث ببعض الأحكام القضائية التي تخص المفقود والغائب، رغم صعوبة الحصول عليها، نظرا لندرة طرح قضايا التطليق للغيبة أمام الجهات القضائية، وكذا حساسية الموضوع وبخاصة ملف الفقد.

وفيما يخص القرآن الكريم فالرواية التي اعتمدتها هي رواية حفص عن عاصم لتوفرها عبر مصحف إلكتروني؛ أما تخريج الأحاديث النبوية الشريفة فإذا وُجِد الحديث في الصحيحين اكتفيت بهما، وإذا وجد في غيرهما أشرت إليه مع بيان درجته. وفيما يخص المادة العلمية وخاصة ما تعلق منها بالفقه الإسلامي فقد راعيت فيها الترتيب الزمني للمذاهب الفقهية الإسلامية؛ وأما ترتيب المصادر والمراجع فعلى حسب حروف المعجم.

- **منهج البحث:**

إن بحث ودراسة موضوع هذه المذكرة يتطلب اعتماد أكثر من منهج علمي، لذلك اخترت مناهج البحث المناسبة له والمتمثلة في:

أ- المنهج الاستقرائي:

والغرض من اعتماده استقراء وتتبع أقوال وآراء المذاهب الفقهية في موضوع الغيبة، وكذا موقف قانون الأسرة من خلال مواده القانونية وما قيل فيها من طرف الشُرَّاح.

ب- المنهج التحليلي المقارن:

وذلك بتحليل الآراء الفقهية، والمواد القانونية التي تم سَوقها في هذا البحث، ثم المقارنة بين الآراء الفقهية، ومعرفة الراجح منها، ومقارنة ذلك كله مع ما ورد في قانون الأسرة الجزائري.

- **الدراسات السابقة:**

تم الاعتماد في إنجاز هذه المذكرة على مجموعة من المؤلفات الفقهية والقانونية، وبعض الرسائل الجامعية؛ فأما المؤلفات الفقهية فرجعت إلى عدد كبير منها، غير أن المميز فيها هو تناثر المادة العلمية التي تخص البحث، فتعريف الغائب، وصور الغيبة نجدها في باب القضاء؛ وحكم الفرقة للغيبة في باب الطلاق، وأحكام العِدَّة في باب العدة؛ أما كتب المعاصرين من الفقهاء، فتميزت بالتنظيم أكثر، إذ يتناولون هذا الموضوع في باب التطليق القضائي، إلا أنها تتميز بالإيجاز والاختصار.

وكتب القانون كانت هي الأخرى متنوعة، إلا أنها تتشابه في شروحاتها للمواد القانونية، وكذا اتسامها بالإيجاز، وهذا ما صعَّب إيجاد معلومات إضافية عن الغيبة الحديثة،كالاعتقال وغير ذلك.

أما فيما يخص المجلات القضائية، فقد حصلت على عدد كبير منها من مجلس قضاء مستغانم حتى سنة 2012، لكن وبعد التصفح تبين لي أنها لم تتناول مسألة الغيبة في أعدادها، باستثناء مجلة واحدة صادرة سنة 2006.

أما فيما يخص الرسائل الجامعية ، فرجعت إلى بعض منها،كرسالة الماجستير "أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية"، إعداد الطالب يوسف عطا محمد حلو، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح بنابلس – فلسطين–، ورسالة الماجستير "التطليق بطلب من الزوجة" من إعداد الطالب اليزيد عيسات، جامعة فرحات عباس – الجزائر–.

– الصعوبات:

أثناء بحثي هذا، اعترضتني بعض الصعوبات منها:

1– تشعب الآراء الفقهية حول المسألة الواحدة، فضلا عن صعوبة الترجيح بين الآراء الفقهية.

2– قلة الدراسات القانونية في هذا البحث؛ إذ يتناولون في شروحاتهم شروحا مبسطة ومختصرة، غالبيتها متشابهة.

3– قلة الدراسات الأكاديمية حول هذا الموضوع، فقد تم تصفح الشبكة العنكبوتية مرات عدة، لكن لم أعثر على دراسات وافية في هذا الشأن .

4– صعوبة الحصول على الأحكام القضائية، فقد تم الحصول على ثلاثة منها بعد جهد جهيد، ويرجع هذا إلى قلة طرح هذه القضايا أمام الجهات القضائية؛ كما أن استخراج أي حكم قضائي لا بد فيه من إخطار رئيس المحكمة، ووكيل الجمهورية، وكذا مراسلة وزير العدل، كون هذه الأحكام لا يستخرجها إلا أصحابها.

– خطة البحث:

قمت بتقسيم هذا البحث إلى مقدمة وفصلين وخاتمة، مهدت في المقدمة للموضوع ببيان أهميته، ودوافع اختياره، والمنهج المتبع لدراسته، وكذا الصعوبات التي اعترضتني خلال البحث.

وتناولت في الفصل الأول مفهوم الغيبة وصورها، وحكم القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مع المقارن بينهما في أوجه الائتلاف والاختلاف، ثم تطرقت في الفصل الثاني إلى بيان حكم التفريق للغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؛ كما أدرجت خلال الفصل الثاني بعض الأحكام القضائية التي تخص مسألة التطليق،

والحكم بموت المفقود، ثم ختمت البحث بخاتمة جمعت فيها أهم النتائج المتوصل إليها.

وفي الختام أحمد الله العلي القدير على توفيقه لإنجاز هذا البحث.

الفصل الأول

تعريف الغيبة وصورها

وحكم القضاء على الغائب

إن موضوع الغيبة في هذا البحث المطروق يكتسي أهمية كبيرة،كونه يتناول دراسة جانب مهم من الأحكام المتعلقة بالغائب، لذا سأتناول في هذا الفصل مدلول مصطلح الغيبة في الفقه الإسلامي، والقانون الجزائري مع بيان موقف كل منهما في الحكم على الغائب، علما أن الأصل في المحاكمة مبدأ الوجاهة، وإلزامية الحضور إلى مجلس القضاء، وعليه فهل يمكن الفصل في الخصومة مع غياب أحد أطرافها؟

هذا ما أريد تناوله في هذا الفصل وفق مبحثين هما:

المبحث الأول: تعريف الغيبة وصورها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول

تعريف الغيبة وصورها في الفقه الإسلامي

و قانون الأسرة الجزائري

نتناول في هذا المبحث حقيقة مصطلح الغيبة عند اللغويين، وعند فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى منهم والمعاصرين؛ وكذا عند فقهاء قانون الأسرة الجزائري، مع بيان أهم صور الغيبة في الشريعة والقانون، وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف الغيبة لغة واصطلاحا

المطلب الثاني: صور الغيبة

المطلب الأول: تعريف الغيبة

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الغيبة عند أهل اللغة، وعند فقهاء المذاهب الأربعة والظاهرية، ثم في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: تعريف الغيبة في اللغة

الغين والياء والباء أصل صحيح يدل على تَستُر الشيء عن العيون[1].

يقال: غاب الشيءُ، يَغِيبُ، غَيْبًا وغَيْبَةً وغِيَابًا بالكسر، وغُيوبًا ومَغِيبًا: بَعُدَ، فهو غائب، والجمع غُيَّبٌ وغُيَّابٌ وغَيْبٌ[2].

يقال: سمعت صوتا من وراء الغيب، أي من موضع لا أراه، وامرأة مُغِيبٌ ومُغيبَةٌ؛ غاب بعلها أو أحد من أهلها[3].

وفي التنزيل قول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِالْغَيْبِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ﴾[4]، وقوله أيضا: ﴿الَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ بِالْغَيْبِ وَهُم مِّنَ السَّاعَةِ مُشْفِقُونَ﴾[5]، أي يؤمنون بكل ما أخبر به النبي- صلى الله عليه وسلم- مما لا تهتدي إليه العقول، فهم يؤمنون أن لهم ربا قادرا يجازي على الأعمال، فهم يخشونه في سرائرهم وخلواتهم التي يغيبون فيها عن الناس باطلاعه عليهم[6].

1- معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ت: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، (دط دت)، ج4، ص433.

2- المصباح المنير، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، دار الفكر، (دط دت)، ص457.

3- لسان العرب، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، ت: عبد الله علي الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم الشاذلي، دار المعارف، القاهرة- مصر- (دت)، ج3، 4ص3321.

4- البقرة03.

5- الأنبياء49.

6- الجامع لأحكام القرآن الكريم، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، (1427/ 2006)، ج1، ص252.

وورد في السنة عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنه – قال: "كنا مع رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في غَزَاةٍ، فلما قدمنا المدينة، ذهبنا لندخل فقال: أمهلوا حتى ندخل ليلا -أي عشاء- كي تمتشط الشّعثة، وتستحد المغيبةُ"[1].

الفرع الثاني: تعريف الغيبة في الاصطلاح الفقهي.

يستعمل الفقهاء كلمة (الغيبة) في غيبة الزوج عن زوجته، ويريدون بها المعنى اللغوي لهذه الكلمة[2]، وفيما يلي تعريف الغيبة عند فقهاء المذاهب الأربعة والمذهب الظاهري.

- أولا: تعريف الأحناف:

المراد بالغائب عند الحنفية كل من بَعُد عن مجلس الحكم[3].

- ثانيا: تعريف المالكية:

الغائب من غاب عن امرأته فيُعلم الموضع الذي هو فيه[4].

- ثالثا:تعريف الشافعية:

الغائب هو الذي يكون متصل الأخبار، معلوم الحياة[5]، أو تعلم زوجته مكانه[6].

---

1 - الجامع الصحيح، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المكتبة السلفية، القاهرة- مصر – ط1، 1400، كتاب النكاح، باب تستحد المغيبة وتمتشط الشعثة، الحديث رقم 5247، ج3، ص 398. الجامع الصحيح، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، الطبعة التركية، (دت)، كتاب الإمارة، باب كراهة الطروق والدخول ليلا لمن ورد من سفر، ج6، ص55.

2 - المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان- ط1، (1413 /1993) ج8، ص460.

3 - رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ابن عابدين، ت: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض-المملكة العربية السعودية- ط خاصة، (1423/ 2003)، ج5، ص326.

4- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان-، (دط دت)، ص261.

5- الحاوي الكبير، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، ت: علي معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان- ط1، (1414/ 1994)،ج11 ص316.

6- المجموع شرح المهذب، الشيرازي، مكتبة الإرشاد، جدة -المملكة العربية السعودية- (دط دت)، ج19، ص445.

- رابعا: تعريف الحنابلة:

الغائب هو من"يُعرف خبره، ويأتي كتابه".[1]

- خامسا: تعريف الظاهرية:

يطلق الظاهرية الغيبة على كل من غاب، فيدخل في ذلك الغائب والمفقود، وغيرهم من الغائبين. قال ابن حزم: "وليس في العالم غيبة إلا وهي طويلة بالإضافة إلى ما هو أقصر منها في الزمان والمكان، وهي أيضا قصيرة إلى ما هو أطول منها في المكان والزمان، فمن غاب عامين إلى العراق فقد غاب غيبة طويلة بالإضافة إلى من غاب نصف عام إلى مصر، وقد غاب غيبة قصيرة بالإضافة إلى من غاب عشرة أعوام إلى الهند، وهكذا في كل زمان وكل مكان"[2].

- سادسا: تعريف المعاصرين:

أ- تعريف وهبة الزحيلي: الغائب "مَن تعذَّر إحضاره إلى المحكمة لسؤاله عن دعوى النفقة، سواء أكان بعيدا أو قريبا"[3].

ب- تعريف عبد الكريم زيدان: " هو المتواري والبعيد عن زوجته، مع معرفة مكانه، وإمكان الاتصال به"[4].

ت- "الغائب من غادر مكانه لسفر و لم يعد إليه، وحياته معلومة"[5].

ث- "الغائب هو من لا يمكن وصول الرسائل إليه، بأن كان غير معلوم محل الإقامة، أو

1- المغني، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب ، الرياض -المملكة العربية السعودية- ط3، (1997/1417)، ج11، ص248.

2- المحلى، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ت: محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنبرية (دط)،1352، ج9، ص366.

3- الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دار الفكر ، دمشق-سورية-، ط1، (1985/1405)، ج1، ص813.

4- المفصل، 460/8.

5- الموسوعة الفقهية الكوتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطابع دارالصفوة، -الكويت- ط1، (1414 /1993)، ج29، ص62.

معلوما لكن لا سبيل إلى مراسلته ومخاطبته"[1].

ج- الرجل الذي لا يسهل إحضاره أمام القاضي، ومراجعته فيما تدَّعيه عليه زوجته، سواء أكان غائبا في البلد حقيقة أم كان متخفيا في نفس البلد، وسواء أ كانت غيبته عن البلد مسافة قصر أو كانت دونها"[2].

وبعد استعراض أقوال المذاهب وأقوال المعاصرين في تعريف الغيبة، يمكن القول بأن الفقهاء لم يعرفوا الغيبة، وإنما عرفوا الغائب، وذكروا الحالات التي يكون عليها.

- **التعريف المستخلص للغيبة:**

والمتأمل في تعاريف الفقهاء للغائب يجدها تصفه بالمتواري، البعيد عن مجلس الحكم، معلوم المكان والحياة، متصل الأخبار.

وانطلاقا من هذه الأقوال والقيود، يمكن استخلاص تعريف للغيبة بما يلي:

"الغيبة هي الظرف المانع من عودة الشخص إلى أهله"؛ فقولنا: "ظرفٌ"، يشمل كل الحالات التي يكون عليها الشخص مِنْ فَقْدٍ، وحبسٍ، وغيرها، وقولنا: "مانعٌ" يدل على استحالة رجوع الشخص إلى أهله، مع إمكان الاتصال به، فيدخل في هذا التعريف الغائب الذي يُعرف حاله ومكانه، وكذا المفقود الذي يُجهل مصيره.

1- أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، أحمد فراح حسين، دار المطبوعات الجامعية، ط1، (1997)، ص265.
2- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، محمد محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، ط1، (1404/1984)، ص200.

الفرع الثالث: تعريف الغيبة في قانون الأسرة الجزائري.

جاء في نص المادة 110 من ق.أ.ج:"الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة مدة سنة، وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"[1].

وجاء في نص المادة 53 الفقرة الخامسة من نفس القانون والمتعلقة بموضوع التطليق:"الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".

يقول العربي بلحاج في تعليقه على هذه المادة: "إن المقصود بالغيبة في المادة 5/53 هي غيبة الزوج عن زوجته بإقامته في بلد آخر غير الذي يعيش فيه، أما الغيبة عن بيت الزوجية، وعيشه في بيت آخر في نفس البلد، فهو من الأمور التي تدخل في الضرر الذي نص عليه المشرع في الفقرة السادسة من نفس المادة"[2].

من خلال نص المادتين السابقتين، وما قاله العربي بلحاج فإن مصطلح الغيبة لا ينطبق على الغائب إلا إذا كان مقيما خارج بلد الزوجية، على خلاف ما ذكره الفقهاء، وعلى هذا يكون المشرع الجزائري قد فَرّق بين الغائب، والُمضَار لزوجته من خلال الإقامة داخل البلد أو خارجه، ولعل عدم اشتراط الفقهاء لهذا الشرط يرجع إلى ما يلي:

-كون الأراضي العربية والإسلامية كانت مفتوحة وبدون حدود، فمجرد الغياب والبعد عن الأهل كاف في تسميته غائبا، على خلاف ما عليه البلدان حاليا من رسم الحدود.

- ربط الفقهاء الغيبة بالأزمنة غالبا، وليس بالأمكنة وهذا يرجع إلى حالة المواصلات البدائية الموجودة في زمانهم، وهذا ما سيأتي بيانه والإشارة إليه في المطلب الموالي.

1- القانون رقم 11- 84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02.05 المؤرخ في18محرم عام 1426الموافق27 فبراير 2005 (ج ر، عدد 15 مؤرخة 27 فبراير 2005).

2- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، بلحاج العربي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، (دط دت)، ج1، ص300.

المطلب الثاني: صور الغيبة.

إن الحديث عن مفهوم الغيبة في الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري لا يُدرَك جيدا إلا من خلال الحديث عن صورها؛ لأن أغلب المذاهب الفقهية عرفت الغيبة من خلال الحديث عن صورها التي تعد ضوابط في تحديد التعريف الاصطلاحي، لذا سأتناول في الفرع الأول صور الغيبة في الفقه الإسلامي وعند كل مذهب، وذكر ما اتفقوا عليه، وما اختلفوا فيه، وأتناول في الفرع الثاني صورها في ق.أ.ج.

الفرع الأول:صور الغيبة في الفقه الإسلامي.

- أولا: صور الغيبة عند الحنفية.

الصورة الأولى: الغيبة عن مجلس الحكم.

ويكون الغائب في هذه الحال تحت ولاية حكم القاضي، وسواء أ كان قريبا أو بعيدا، وحد القرب والبعد مسافة القصر[1] .

الصورة الثانية: الغيبة عن البلد.

ويكون الغائب في هذه الحال تحت ولاية قاض آخر، حيث يتطلب في هذه الحال مراسلة القاضي الذي يكون الخصم الغائب في ولايته[2].

الصورة الثالثة: التواري في البلد.

وهي أن يختفي الغائب في بيته، ويمتنع عن حضور مجلس الحكم؛ فيبعث إليه القاضي رسولا مع شاهدين إلى بيته يطلبان منه الحضور مع خصمه مجلس الحكم، وإلا نصب عنه وكيلا[3].

1- البناية شرح الهداية، أبو محمد محمود بن أحمد العيني، دار الفكر، بيروت – لبنان- ط1، (1980/1400)، ج8، ص60.

2- رد المحتار على الدر المختار ، 133/7.

3- المصدر نفسه، 108/7.

الصورة الرابعة: الفقد.

المفقود هو الغائب الذي لا يعرف له موضع، ولا يعلم أحي هو أم ميت[1]؛ فالمفقود بهذه الحال شبيه بالغائب من حيث عدم معرفة حاله، وبهذا فالغيبة أوسع مفهوما من الفقد، فكل مفقود غائب وليس كل غائب مفقودا.

الصورة الخامسة: الأسر.

الأسير هو الذي جُهلت حياته مع معرفة مكانه[2]، فالأسير بهذه الحال يشبه الغائب كذلك بحكم البعد عن زوجته، ويشبه المفقود بحكم الجهل بحال حياته.

الصورة السادسة: الحبس.

المحبوس هو"الممتنع عن إيفاء الحق"[3]، فالمحبوس يشبه الغائب كونه بعيدا عن أهله.

- ثانيا: صور الغيبة عند المالكية.

الصورة الأولى: الغيبة القريبة.

ويكون الغائب خلالها بعيدا عن مجلس الحكم مسيرة يوم ويومين وثلاثة[4].

1- التسهيل الضروري لمسائل القدوري في فقه الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، مكتبة الشيخ بهار آباد، كراتشي-باكستان-(دط دت)، ص138.

2- كتاب الحجة على أهل المدينة، أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، دار عالم الكتب، بيروت-لبنان-(دط دت)، ج4، ص50.

3- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين إبراهيم (ابن نجيم)، دار الكتاب الإسلامي، (دط دت)، ج6، ص308.

4- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم (ابن فرحون)، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-ط1، (1416/ 1995)، ج1، ص76. ومقدار هذه المسافة ما بين 40إلى120كلم.ينظر القضاء على الغائب، حسن عبد الغني أبو غدة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، العدد40، (1420/ 2000)، ص94.

الصورة الثانية: الغيبة البعيدة.

وتكون على مسيرة عشرة أيام[1]، ويكون الغائب خلالها في غير ولاية القاضي[2].

الصورة الثالثة: الغيبة المنقطعة.

ومثال مسافتها ما بين مكة وإفريقية، أو ما بين المدينة والأندلس[3].

الصورة الرابعة: الغيبة لعذر شرعي[4].

ومثال العذر المرض وشبهه[5].

الصورة الخامسة: الفقد.

المفقود هو الذي "يُعمى خبره، وينقطع أثره، ولا يُعلم موضعه، ولا تُدرى حياته ولا موته"[6].

ولقد ذكر المالكية للمفقود حالات هي:

أ- المفقود الذي لا يعرف موضعه كمن خرج للتجارة.

ب- المفقود في صف المسلمين في قتال العدو.

ج- المفقود في فتن المسلمين فيما بينهم[7].

1- التبصرة، 76/1.

2- القوانين الفقهية، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي، مكتبة الشركة الجزائرية، (دط دت)، ص303.

3- التبصرة، 77/1.

4- والعذر ما يتعذر على المعني القيام به إلا بتحمل زائد.كتاب التعريفات، علي بن محمد بن علي الجرجاني، ت: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، ط4، (1418/ 1998)، ص192.

5- القوانين الفقهية لابن جزي، 302.

6- المعونة على مذهب عالم المدينة، أبو محمد عبد الوهاب علي بن نصر، ت: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان- ط1، (1418/ 1998)، ج1، ص550.

7- النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبو زيد القيرواني، ت: محمد عبد العزيز الدباغ، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان-ط1، 1999، ج5، ص245.

الصورة السادسة: الأسر.

الأسير هو الذي تعرف حياته وقتا، ثم ينقطع خبره، فلا يعرف له موت ولا حياة[1].

الصورة السابعة: الاستتار في البلد[2].

- ثالثا: صور الغيبة عند الشافعية.

الصورة الأولى: الغيبة عن الحكم مع الحضور في المجلس.

الصورة الثانية: الغيبة عن مجلس الحكم والحضور في البلد.

الصورة الثالثة: الغيبة عن بلد الحكم[3].

الصورة الرابعة: الفقد[4].

الصورة الخامسة: الاستتار في البلد[5].

الصورة السادسة: التواري.

الصورة السابعة: التعزز[6].

1- الاستذكار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، دار قتيبة، دمشق-سوريا- ط1، (1993/1414)، ج17، ص312.

2- الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ت: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان-ط1، 1994، ج10، ص113.

3- الحاوي الكبير للماوردي، 296/16.

4- الوسيط في المذهب، محمد بن محمد بن محمد الغزالي، ت: محمد تامر، دار السلام، ط1، (1423/ 2003)، ج6، ص148.

5- المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، (1416/ 1995)، ج3، ص401.

6- حاشية الجمل على شرح المنهج، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المعروف بالجمل، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-ط1، (1417/ 1996)، ج8، ص393.

ومعنى التعزز امتناع الغائب عن الحضور، وعجز القاضي عن إحضاره[1].

الصورة الثامنة: الغيبة لعذر شرعي.

كالمرض والزمانة،"حيث لا يمكنه المشي إلى مجلس الحكم إلا بمشقة لا تحتمل في العادة"[2].

الصورة التاسعة: الأسر[3].

وألحق القاضي حسين بالغائب من أُحضر إلى مجلس القضاء، فهرب قبل أن يسمع الحاكم البيِّنة، وقبل الحكم[4].

ولقد أجمل الشافعي صور الغيبة في قوله: "فلم أعلم مخالفا في أن الرجل أو المرأة لو غاب أحدهما برا أو بحرا علم مغيبهما أو لم يعلم، فماتا، أو أحدهما، فلم نسمع لهما بخبر، أو أسرهما العدو فصيرهما إلى حيث لا خبر، لم نوَرِّث واحدا منهما من صاحبه، فكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف، بإسار عدو، أو بخروج الزوج ثم خفي مسلكه، أو بهيام من ذهاب عقل، أو خروج فلم يسمع له ذكر، أو بمركب في بحر فلم يأت له خبر، أو جاء خبر أن غرقا كان، يرون قد كان فيه ولا يستيقنون أنه فيه، لا تعتد امرأته ولا تنكح أبدا حتى يأتي يقين وفاته"[5].

1- الغائب وأحكام القضاء، عبد الجواد خلف، الدار الدولية للاستثمار، القاهرة-مصر-ط1، 2008، ص30.

2- الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات، شهاب الدين إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن الدم، ت: عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-ط1، (1407/ 1987)، ص304.

3- الأم، محمد بن إدريس الشافعي، ت: رفعت فوزي عبد المطلب،دار الوفاء، ط1، (2001/1412)، ج6، ص608.

4- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، دار المعرفة، بيروت -لبنان-ط1، (1418/ 1997)، ج4، ص542.

5- الأم،608/6.

- **رابعا: صور الغيبة عند الحنابلة.**

الصورة الأولى: الغيبة عن البلد، حيث يكون الغائب خارج ولاية القاضي[1].

الصورة الثانية: الغيبة في البلد[2]، حيث يكون الغائب فيها غائبا عن مجلس الحكم؛ والغائب في هذه الحال إما أن يكون مستترا متخفيا، أو غير مستتر مخالطا للناس[3].

الصورة الثالثة: التواري[4].

الصورة الرابعة: الأسر.

الأسير غير متمكن من المجيء إلى أهله، ويعد من الغيبة التي ظاهرها السلامة[5].

الصورة الخامسة: الفقد.

المفقود "من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره"[6].

الصورة السادسة: الاستتار في البلد.

قال الزركشي: "وحكم المستتر في البلد، حكم الغائب"[7].

1- المستوعب، نصر الدين محمد بن عبد الله السامري، ت: عبد الملك بن عبد الله بن الدهيش، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة -العربية السعودية- ط1، (1420/ 1999)، ج2، ص565.

2- المصدر نفسه، 565/2.

3- الشرح الممتع على زاد المستقنع، محمد بن صالح العثيمين، دار بن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1428، ج15، ص 350.

4- شرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1 ، (2000/1421)، ج6، ص551.

5- كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ت: أمين الضِنّاوي، عالم الكتب، بيروت- لبنان، ط1، (1417/ 1997)، ج3، ص639.

6- معونة أولي النهى شرح المنتهى، محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفُتُوحي، ت: عبد الملك بن عبد الله دهيش، مكتبة الأسدي، -مكة المكرمة -العربية السعودية-، ط5، (2008/1429)، ج8، ص225.

7- شرح الزركشي على متن الخرقي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي، ت: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة -العربية السعودية- ط3، (1430/ 2009)، ج4، ص464.

الصورة السابعة: الحبس.

قال الزركشي: "وفي معنى الغائب لو كان الولي مأسورا، ولا يمكن مراجعته، أو محبوسا يتعذر استئذانه"[1].

وألحق ابن قدامة امتناع الخصم في البلد من الحضور عند الحاكم، له حكم الغائب[2].

- خامسا: صور الغيبة عند الظاهرية.

الغيبة عند الظاهرية غيبة واحدة؛ وأما التفريق الذي ذكره الفقهاء في صور الغيبة فقال ابن حزم في شأنه:" فهذا قول بلا برهان، وتفريق فاسد"[3].

بعد هذا العرض لصور الغيبة في الفقه الإسلامي، يمكن إجمالها وتقسيمها إلى ما يلي:

الصورة الأولى: الغيبة باعتبار المكان.

وتنقسم إلى غيبة في البلد، و غيبة خارج البلد.

الصورة الثانية: الغيبة باعتبار القرب والبعد.

وتنقسم إلى غيبة قريبة، وغيبة بعيدة.

الصورة الثالثة: باعتبار السبب.

وتنقسم إلى غيبة بعذر، وغيبة بدون عذر.

الصورة الرابعة: باعتبار الانقطاع.

وتنقسم إلى غيبة غير منقطعة، وغيبة منقطعة.

1- المصدر السابق، 58/5.

2- الكافي، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة، ط1، (1418، 1997)، ج6، ص128.

3- المحلى، 366/9. يراجع قول ابن حزم في الغيبة، الصفحة 19 من البحث.

ويبدو لي بأن الصورة الرابعة والأخيرة من هذا التقسيم هي الصورة الجامعة والشاملة لهذه الصور كلها رغم اختلاف المذاهب في تحديد زمنها.

فالحنفية يمثلون للغيبة غير المنقطعة بالمسافة الموجودة ما بين بغداد والكوفة؛ وقيل ما بين الكوفة والرَّيْ[1]، وقيل مائة وخمسون فرسخا[2]، وقيل مسيرة ثلاثة أيام؛ أما الغيبة المنقطعة بالمسافة الموجودة ما بين البصرة و الرَّقة[3]، وقيل مسيرة شهر[4].

وأما المالكية فيمثلون للغيبة غير المنقطعة ويسمونها بالغيبة القريبة بمسيرة اليوم واليومين والثلاثة[5]، أما الغيبة المنقطعة بالمسافة التي بين مكة وإفريقية، أو ما بين المدينة والأندلس[6].

أما الشافعية فقالوا بأن حدَّ زمن الغيبة البعيدة ما كان فوق مسافة العدوى[7]، وقيل المسافة التي تقصر فيها الصلاة، أما إذا كانت دونها فهي قريبة[8].

أما الحنابلة فوافقوا الشافعية على أنها مسافة القصر، وهو الصحيح من مذهبهم[9]، وعللوا ذلك بكونها المسافة التي تُبنى عليها الأحكام[10].

1- الرَّي: مدينة في بلاد فارس، معجم البلدان، ياقوت الحموي، دار صادر، بيروت-لبنان- (دط دت)، ج3، ص116.
2- الفرسخ مقياس ثلاثة أميال، وبالمتر(5555)بحري و(4444) بري، دار معارف القرن العشرين، محمد فريد وجدي، دار المعرفة، بيروت-لبنان- ط3، 1971، ج7، ص198.
3- الرَّقة: مدينة في العراق على نهر الفرات، ويقال لها الرقة البيضاء. معجم البلدان،59/3.
4- البناية شرح الهداية، 614/4.
5- التبصرة، 80/1. وفتاوى ابن رشد، ت: المختار بن الطاهر التليلي، دار الغرب الإسلامي، بيروت -لبنان- ط1، (1407/ 1987)، ج2، ص1326.
6- التبصرة،77/1.
7- المراد بالعدوى: أن يعدوَ الرجل من بيته ويرجع إليه مساء. الوسيط في المذهب،332/7.
8- الوجيز في فقه الإمام الشافعي، أبو حامد الغزالي، ت: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الأرقم، لبنان، ط1، (1418/ 1997)، ج2، ص244. والعزيز شرح الوجيز، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي، ت:علي وعوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، (1417/ 1997)، ج12، ص534.
9- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، بيت الأفكار الدولية، (دت)،ج 2، ص1902.
10- الكافي ابن قدامة، 128/6.

والملاحظ على هذه الأزمنة والمقادير التي ذكره الفقهاء أنها ترجع إلى ما تعارفوا عليه في زمانهم، وبحسب المواصلات البدائية المتوفرة في ذلك الزمن، لكن هذا لا يصلح لزماننا الحالي في تحديد زمن الغيبة، حتى أولئك الذين حددوها بمسافة القصر؛ فلا يعقل أن يقال في زماننا إن من سافر مسافة تسعين (90) كيلو مترا مثلا أو أكثر إنه غائب، والسبب في ذلك راجع إلى الثورة التكنولوجية التي يشهدها العالم اليوم في مجال المواصلات، وعلى هذا أرى أن الضابط في تحديد مدة الغيبة -والله أعلم- في وقتنا الحالي هو تمكن الغائب من العودة إلى موطنه؛ فمن تمكن من العودة إلى موطنه حتى ولو كان في أقصى البلدان لا يعد غائبا، ومن لم يستطع العودة يعد غائبا حتى ولو كان على مسافة قريبة جدا -كأولئك القاطنين على الحدود بين البلدين مثلا- لذا قلت سابقا في التعريف المختار للغيبة بأنها المانع من عودة الغائب إلى أهله.

أما الفقهاء المعاصرون، فاعتمدوا الصور الآتية لتقسيم الغيبة:

الصورة الأولى: الغيبة المنقطعة، وهي التي ينقطع فيها خبر الغائب عن أهله، بحيث لا يعرف موضعه، ولا حاله؛ ويريدون به المفقود.

الصورة الثانية: الغيبة غير المنقطعة، حيث يُعرف حاله ويأتي كتابه، ويسهل وصول قرار المحكمة إليه؛ ويدخل في هذه الصورة جميع صور الغيبة المذكورة في الفقه الإسلامي ما عدا المفقود[1].

ومن الفقهاء من ذكر تقسيما آخر شبيها بالتقسيم الأول؛ إلا أنه مرتبط بالمكان والزمان، ومنهم من جعله مرتبطا بالسبب، وصور هذا التقسيم هي:

الصورة الأولى: الغيبة من حيث المكان.

أ- الغيبة في مكان معروف حيث تصل إليه الرسائل، أو يمكن الاتصال به.

1- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الوهاب خلاف، دار القلم الكويت، ط2، (1410/ 1990)، ص161. والمفصل، 460/8، والموسوعة الفقهية الكويتية، 324/31.

ب- الغيبة في مكان غير معروف.

الصورة الثانية: الغيبة من حيث السبب.

أ- الغيبة بعذر مشروع.

ب- الغيبة دون سبب أو عذر [1].

لكن الذي أسير عليه في بحثي هذا هو تقسيم الغيبة إلى صورتين فقط وهما: الغيبة غير المنقطعة، والغيبة المنقطعة باعتبارهما جامعتين لحالات الغيبة، وأكثرهما تداولا في كتب الفقه.

الفرع الثاني: صور الغيبة في قانون الأسرة الجزائري.

لقد اختصر المشرع الجزائري الغيبة في ثلاث صور فقط وهي:

الصورة الأولى: الفقد.

وجاء بيان هذه الصورة في نص المادة 109 من ق.أ.ج: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته...".

ولهذه الصورة من الغيبة حالات ذكرها المشرع الجزائري في نص المادة 113 من ق.أ.ج بقوله: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، والحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي ..."وبيان هذه الحالات فيما يلي:

- الحالة الأولى: حالة الحرب.

ومن البديهي أن يترتب عن هذه الحالة التي ذكرها المشرع مفقودون لا يعرف مصيرهم.

- الحالة الثانية: الحالة التي تغلب فيها السلامة، ويغيب فيها الأشخاص في ظروف طبيعية وعادية، كالسفر خارج البلد طلبا للعمل مثلا.

1- أحكام وآثار الزوجية ، محمد سمارة، الدار العلمية، ط1، 2002 ، ص332.

– **الحالة الثالثة**: الحالة الاستثنائية، وهي التي تكون بسبب العوامل الطبيعية كالفيضانات والزلازل؛ ومثال ذلك الفيضانات التي حلت بباب الوادي بالجزائر العاصمة في 10 نوفمبر 2001، والزلزال الذي ضرب ولاية بومرداس في 21 ماي 2003 .

وقد سماها المشرع الجزائري بِـــ"الحالات الاستثنائية"؛ لأن الأمر يستدعي التعجيل كون الموت فيها مرَجِّحا.

الصورة الثانية: الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة[1].

وسواء كان الغائب فيها معلوما، أو مجهول المكان، مع بقائه على قيد الحياة. ولقد أشارت المادة 53 الفقرة الخامسة من ق.أ.ج إلى هذا بقولها:" الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولانفقة".

الصورة الثالثة: الحبس.

نص المشرع الجزائري في الفقرة الرابعة من المادة 53 من ق.أ.ج على أنه يحق للزوجة طلب التطليق في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية؛ فيُفهم من نص هذه المادة أن الحبس إحدى حالات الغيبة، كون المحبوس بعيدا عن أهله، وغائبا عنهم.

ومن خلال صور الغيبة التي ذكرها المشرع الجزائري وبخاصة صورة الفقد، وصورة الغيبة بدون عذر بعد مرور سنة يمكن بيان أهم الفروق بينهما.

– الغيبة بدون عذر بعد مرور سنة يكون فيها الشخص كامل الأهلية ومتيقن الحياة، لكن ليس له محل إقامة، ولا موطن معلوم، على خلاف المفقود الذي لا يعرف مكانه ولا حياته.

– الغيبة بدون عذر بعد مرور سنة يكون فيها الغائب خارج بلد الزوجية، ويستحيل عليه إدارة شؤونه بنفسه، على خلاف حالة الفقد التي يمكن أن يكون فيها المفقود داخل البلد أوخارجه.

1– شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ الرشيد، دار الخلدونية، ط1، (1429/ 2008)، ص200.

بعد هذا العرض لصور الغيبة في ق.أ.ج يمكن قول مايلي:

- إن المشرع الجزائري قد وافق ما في الفقه الإسلامي من جعل الفقد والحبس صورا للغيبة.

- إن المشرع الجزائري لم يربط تحديد زمن الغيبة بالمسافة أو الأمكنة، وإنما ربطها بالظروف التي يكون عليها الغائب.

- إن المشرع الجزائري فرق بين حالة الغيبة التي يكون عليها الغائب داخل البلد أو خارجه؛ فإذا كان خارج البلد فهو غائب، أما إذا كان داخل البلد فهو مُضار لزوجته، كمال قال العربي بلحاج[1].

1- يراجع قوله في الصفحة 21 من البحث.

المبحث الثاني

حكم القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

إن منشأ الخلاف بين الفقهاء في بعض الأحكام المتعلقة بالغيبة مبنيٌّ على مسألة القضاء على الغائب، من حيث الجواز وعدمه؛ وصورته أن يدعي رجل على آخر غائبٍ أيَّ غيبة كانت، يتأخر امتثاله أمام القضاء بسببها، وأقام المدعي البينة، وأثبت الحق لدى القاضي، فهل عليه إجابته والحكم على المدعى عليه؟

لذا سيتم التطرق في هذا المبحث إلى ما جاء في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حول القضاء على الغائب وفق مطلبين اثنين:

المطلب الأول: حكم القضاء على الغائب في الفقه الاإسلامي

المطلب الثاني: حكم القضاء على الغائب في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: حكم القضاء على الغائب في الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء في حكم القضاء على الغائب إلى فريقين؛ فريق يرى جواز القضاء عليه، وفريق يرى خلاف ذلك.

الفرع الأول: القائلون بجواز القضاء على الغائب وأدلتهم

ومجمل قول القائلين بجواز القضاء على الغائب، أنه من ادعى حقا على غائب وتعذر امتثاله أمام القاضي بسبب الغيبة، وأثبت البينة فعلى القاضي إجابته، وبهذا قال مالك[1]، والشافعي[2]، وابن حزم[3]، وبعض الحنابلة[4]، وهو المذهب عندهم[5]، والأوزاعي، والليث بن سعد، و ابن شُبرُمة، وابن المنذر[6].

واستدل هذا الفريق بأدلة من المنقول و المعقول.

- أولا: من المنقول.

الدليل الأول: قال الله تعالى: ﴿ وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾[7].

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى لم يفرق بين حاضر وغائب[8].

1- الذخيرة، 113/10.

2- الوسيط في المذهب،321/7.

3 - المحلى، 366/9.

4- الممتع في شرح المقنع، زين الدين المنجي بن عثمان بن أسعد ابن منجي، ت: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة -العربية السعودية-، ط1، (1417/ 1997)، ج4، ص561.

5- الإنصاف، 1902/2.

6 - المغني، 93/14.

7- المائدة 49.

8- الذخيرة للقرافي، 113/10.

قال حسن أبو غدة: لم أقف على أي إجابة أو مناقشة على استدلال الجمهور بهذه الآية[1].

الدليل الثاني: قال الله تعالى: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾[2].

ووجه الاستدلال بهذه الآية أن ما شهدت به البينة على الغائب حقٌّ، فوجب الحكم به[3].

الدليل الثالث: قال تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾[4].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله عز وجل لم يخص حاضرا من غائب، والأمر بإقامة القسط يفيد العموم[5].

قال عبد الجواد خلف: "إن الاستدلال بهذه الآية الكريمة ضعيف، ووجه الدلالة فيها خارج عن موضوع القضاء على الغائب"[6].

الدليل الرابع: عن عائشة رضي الله عنها قالت: دخلت هند بنت عتبة، امرأة أبي سفيان على رسول الله –صلى الله عليه وسلم– فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بنيَّ، إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله–صلى الله عليه وسلم–: "خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك"[7].

1- القضاء على الغائب، ص82.

2- سورة ص، 26.

3- الحاوي الكبير للماوردي، 298/16.

4- الطلاق، 02.

5- المحلى، 369/9.

6- الغائب وأحكام القضاء، ص43.

7- صحيح البخاري،كتاب النفقات، باب نفقة المرأة إذا غاب عنها زوجها ونفقة الولد، 42/3. صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب قضية هند، 129/5.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن النبي-صلى الله عليه وسلم- قضى على أبي سفيان وهو غائب، لأنه كان يعلم صحة دعواها[1].

ولقد حصل خلاف بين العلماء، هل كان ذلك قضاء منه-صلى الله عليه وسلم- أم كان فتيا؟

قال النووي: "واستدل به جماعات من أصحابنا وغيرهم على جواز القضاء على الغائب، وفي المسألة خلاف، ولا يصح الاستدلال بهذا الحديث للمسألة؛ لأن هذه القضية كانت بمكة، وكان أبو سفيان حاضرا بها، وشرط القضاء على الغائب أن يكون غائبا عن البلد، أو مستترا لا يقدر، أو متعذرا، ولم يكن هذا الشرط في أبي سفيان موجودا، فلا يكون قضاء على الغائب، بل هو إفتاء"[2].

وأُجِيب على هذا الاعتراض بأنه لو كان فُتْيا لقال لها: لك أن تأخذي، أو لا بأس عليك[3]،كما أن الحاكم لا يفتي فيما تقع فيه الخصومة، وإنما يقضي[4].

الدليل الخامس: الأحاديث العامة الداعية إلى اعتماد البينة في القضاء، ومن ذلك قول رسول الله-صلى الله عليه وسلم-: "البيِّنة على المدعي واليمين على من أنكر"[5].

1- العزيز شرح الوجيز، 511/12. والذخيرة للقرافي، 113/10.

2 - صحيح مسلم بشرح النووي، دار التراث العربي، بيروت -لبنان- ط3، (دت)، ج12، ص08.

3- مغني المحتاج 542/4.

4- الذخيرة، 113/10.

5- السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، ت: عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، ط3، (2003/1424)، كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ج10، ص427. وسنن الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة مصطفى الحلبي،ط2، (1968/1388)، كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، الحديث رقم 1341، ج3، ص618، وقال: "هذا الحديث في إسناده مقال"، وقال ابن حجر: "إسناده حسن". فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت-لبنان-، (دط دت)، ج5، ص283. وصححه الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، ط1، (1399/ 1989)،ج8، ص279.

ووجه الدلالة من الحديث أنه لم يفرق بين أن يكون المدعى عليه حاضرا أو غائبا، ولأنه لو لم يجز القضاء على الغائب لجعلت الغيبة سبيلا وطريقا إلى إبطال الحقوق[1].

وأجاب الحنفية على هذا الاستدلال بأنه لا حجة فيه"لأن البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد بالبيان في حق المدعي لأنه حاصل بقوله، ولا في حق القاضي، لأنه بقوله المدعي إذا لم يكن له منازع، إنما الحاجة إلى البيان في حق الخصم الجاحد، وذلك إلا بحضوره"[2].

الدليل السادس: عن أنس-رضي الله عنه- أن نفرا من عُكل[3]، ثمانية، قدموا على رسول الله-صلى الله عليه وسلم- فبايعوه على الإسلام، فاستوخموا الأرض، فسقِمت أجسامهم، فشكوا ذلك إلى رسول الله-صلى الله عليه وسلم- قال: أفلا تخرجون مع راعينا في إبله، فتصيبون من ألبانها وأبوالها؟ قالوا: بلى، فخرجوا، فشربوا من ألبانها وأبوالها، فصحُّوا، فقتلوا راعي رسول الله-صلى الله عليه وسلم- واطردوا النَّعم، فبلغ رسول الله-صلى الله عليه وسلم-فأرسل في آثارهم، فأُدرِكوا، فجيء بهم، فأمر بهم، فقُطِعت أيديهم وأرجلهم، وسَمَر أعينهم، ثم نبذهم في الشمس حتى ماتوا"[4].

ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول-صلى الله عليه وسلم-حكم عليهم وهم غائبون[5].

غائبون[5].

قال حسن أبو غدة: لم أجد جوابا وردا للمانعين عن هذا الحديث؛ لكن يمكن أن يقال: إن الحادثة لم تقع من أفراد المسلمين، بل من غيرهم، وإن تصرف رسول الله-صلى الله عليه

1- البيان في مذهب الشافعي، أبو الحسين يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني، دار المنهاج، (دط دت)، ج13، ص107. والحاوي،299/16.

2- البناية شرح الهداية، 62/8.

3 - عُكْل: بضم العين المهملة وسكون الكاف قبيلة. عمدة القاري بشرح صحيح البخاري، بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان- ط1، (1421/ 2001)، ج23، ص472.

4- صحيح البخاري، كتاب الديات، باب القسامة، الحديث رقم6799، ج4، ص273. وصحيح مسلم، كتاب القسامة والقصاص والديات، باب حكم المحاربين والمرتدين، 101/5.

5- المحلى، 369/9.

وسلم- في هذه الحادثة ليس بمتقضى منصب القضاء، وإنما بمقتضى منصب الإمامة، وهذا وصف زائد على منصب القضاء[1].

الدليل السابع: من آثار الصحابة ما ثبت عن عمر بن الخطاب-رضي الله عنه- عندما حكم على الأُسَيْفِع قال:"من كان عليه دَين فليأتنا غدا، فإنا بائعوا ماله وقاسموه بين غرمائه"[2].

فقضى عمر بن الخطاب –رضي الله عنه- على الرجل وهو غائب، و لم يصدر نكير من الصحابة-رضي الله عنهم-فكان ذلك إجماعا[3].

الدليل الثامن: ومن عمل الصحابة قضاء عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان-رضي الله عنهما- في المفقود أن امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر ثم تتزوج، وهذا قضاء على غائب، والوارد هنا صحيح، ولا يصح عن أحد من الصحابة خلافه[4].

قال حسن أبو غدة: لم أقف على إجابات وردود للحنفية ومن معهم على استدلالات الجمهور بإجماع الصحابة، ولا على الأقضية المنقولة عنهم[5].

- ثانيا: من المعقول.

الدليل الأول: أن كل من جاز أن يقضى عليه بالبينة مع حضوره، جاز وإن لم يحضر[6].

الدليل الثاني: إن الغيبة ليست بأعظم من الصِّغر والموت، فإذا جاز الحكم على الصغير والميت، فليجز على الغائب[7]؛ ولأن في الامتناع عن القضاء على الغائب إضاعة لحقوق العباد[8].

1- القضاء على الغائب، حسن أبو غدة، ص85.

2- السنن الكبرى للبيهقي،كتاب آداب القضاء، باب من أجاز القضاء على الغائب، الحديث رقم20490، 238/10.

3- الذخيرة، 114/10. العزيز شرح الوجيز، 511/12. المحلى، 371/9.

4- المحلى، 371/9.

5- القضاء على الغائب، حسن أبو غدة، 88.

6- الإشراف على نكت مسائل الخلاف، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، دار ابن حزم، بيروت -لبنان- ط1، (1999/1420)، ج2، ص959.

7- أسنى المطالب شرح روض الطالب، أبو يحي زكريا الأنصاري ومعه حاشية أبو العباس بن أحمد الرملي، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان-، ط1، (2001/1422)، ج9، ص190. العزيز شرح الوجيز، 511/12.

8- الحاوي، 299/16.

و لقد ذكر هذا الفريق أقوالا للذين لا يرون القضاء على الغائب هي حجة عليم منها:

– أن المرأة لو ادَّعت أنها زوجةُ فلان الغائب، وأن هذا ولده منها وأقامت البينة وسألت أن يحكم لها عليه بالنفقة، ونفقة ولدها في ماله الحاضر، جاز للحاكم أن يحكم عليه بذلك وهو غائب.

– لو أن رجلا حضر فادعى أنه وكيل لفلان الغائب في قبض ديونه، وأنكر من عليه الدَّين وِكالته، فأقام الوكيل البينة بالوكالة، حكم بها على الغائب، وجعل للوكيل قبض الدَّين من الحاضر[1].

والجدير بالملاحظة أن أصحاب هذا الفريق ذكروا أدلة كثيرة في الاستدلال لرأيهم لكن اقتصرنا على الأهم منها.

الفرع الثاني: القائلون بعدم جواز القضاء على الغائب وأدلتهم

ومجمل قول هذا الفريق، أن من ادعى حقا على غائب، وطلب من القاضي سماع البينة، والحكم بها على خصمه الغائب، فليس للقاضي ذلك حتى يحضر الغائب، أو يقيم الغائب وكيلا عنه.

وذهب إلى هذا القول أبو حنيفة وأصحابه[2]، ورواية عن أحمد[3]، وعمر بن عبد العزيز[4]، وشريح، وابن أبي ليلى، والثوري[5]، وابن الماجشون من المالكية[6].

واستدل هذا الفريق بأدلة من المنقول والمعقول.

1- المصدر السابق، 299/16.

2- الفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان– ط1، (2000/1421)، ج3، ص404.

3- شرح الزركشي، 463/4.

4- المحلى، 369/9.

5- المغني،14 /94.

6- القوانين الفقهية، ص303.

- **أولا: من المنقول.**

الدليل الأول: قال الله تعالى: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ﴾[1].

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة أن القاضي مأمور بالقضاء بالحق، ولا يتحقق هذا إلا بحضور الخصمين معا[2].

قال حسن أبو غدة: لم أقف على أي إجابة أو مناقشة للاستدلال بهذه الآية على منع القضاء على الغائب، لكن يمكن القول بأن الآية عامة، خصصها الكثير من الأدلة التي فيها جواز القضاء على الغائب، بالإضافة إلى أن القضاء على الغائب بالبينة العادلة قضاء بالحق، وإنما المنهي عنه هو القضاء على الحاضر دون سماع حجته، أو القضاء على الغائب وليس مع المدعي برهان[3].

الدليل الثاني: قال عز وجل: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ﴾[4]، فالآية الكريمة تضمنت الذم، فدل على وجوب الحضور للحكم، ولو نفذ الحكم مع الغيبة لم يجب الحضور و لم يستحق الذم.

ولقد نوقش هذا الاستدلال بأنه لا منافاة بين الذم على عدم الحضور، لأنه واجب عليهم عند الغيبة، فيمكن أن يجتمع الأمران معا؛ الذم على عدم الحضور، ونفاذ الحكم مع الغيبة[5].

1- سورة ص 26.

2- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، ط2، (1986/1406)، ج6، ص223.

3- القضاء على الغائب حسن أبو غدة، 70.

4- النور 48.

5- الغائب وأحكام القضاء، 59.

الدليل الثالث: عن أم سلمة -رضي الله عنها- قالت: قال رسول الله-صلى الله عليه وسلم-: "إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليَّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن[1] بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار"[2].

قال ابن رشد: الحديث عمدة من لا يرى القضاء على الغائب[3]؛ ووجه الاستدلال به أن القاضي لا يقضي حتى يكون الخصمان حاضرين، حتى يتمكن من سماع أقوالهما، وهذا يدل على عدم جواز القضاء على الغائب[4].

ولقد ردَّ ابن حزم على من استدل بهذا الحديث، بأنهم خالفوه وقضوا على الغائب في بعض الأحكام، فكان هذا الاستدلال حجة عليهم[5].

الدليل الرابع: عن علي بن أبي طالب-رضي الله عنه- قال: بعثني رسول الله -صلى الله عليه وسلم- إلى اليمن قاضيا فقلت: يا رسول الله، ترسلني وأنا حديث السن لا علم لي بالقضاء فقال: "إن الله -عز وجل- سيهدي قلبك، ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضيَنَّ حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء"، قال: فما زلت قاضيا، وما شككت في قضاء بعد[6].

1- قال ابن حجر في الفتح: "ألحن أي أفطن، والمراد أنه إذا كان أفطن ،كان قادرا على أن يكون أبلغ في حجته من الآخر". فتح الباري،339/12.

2- رواه البخاري، كتاب الحيل، باب ما ينهى عن الخداع في البيوع، الحديث رقم6968، 290/4. ومسلم، كتاب الأقضية، باب الحكم على بالظاهر واللحن بالحجة، 129/5.

3- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، دار شريفة، (دط دت)، ج2، ص460.

4- الغائب وأحكام القضاء، 65.

5- المحلى، 369/9.

6- رواه الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما، الحديث رقم1331. قال الترمذي: "هذا حديث حسن"، 610/3، وأبوداود في سننه ، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، دار ابن حزم، ط1، (1997/1418)، كتاب الأقضية، باب كيف القضاء، الحديث رقم3582، ج4، ص09. وابن ماجة، السنن، أبو عبدالله محمد بن يزيد ابن ماجة القزويني، بيت الأفكار الدولية، (دط دت)، كتاب الأحكام، باب ذكر القضاة، الحديث رقم2310، ص250، والمسند، أحمد بن محمد بن

قال الخطابي: في الحديث دلالة على أن الحاكم لا يقضي على الغائب، وذلك أنه-صلى الله عليه وسلم- إذا منعه من أن يقضي لأحد الخصمين وهما حاضران حتى يسمع كلام الآخر ففى الغائب أولى بالمنع، وذلك لإمكان أن يكون مع الغائب حجة تبطل دعوى الحاضر[1] .

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث، بأن الرواية ضعيفة، قال ابن حزم:"أما الخبر عن رسول الله-صلى الله عليه وسلم- فساقط"[2]، وأن الحديث إنما هو مع إمكان السماع، فأما مع تعذره بالمغيب فلا يمنع الحكم كما لو تعذّر بإغماء، أو جنون، أو حَجْر[3]، أو صغر[4].

الدليل الخامس: حديث عمرو بن العاص-رضي الله عنه- أن رجلين اختصما إلى النبي- صلى الله عليه وسلم- فقال لعمرو: "اِقض بينهما"، فقال: أقضي وأنت حاضر يا رسول الله؟ قال: "نعم، على أنك إن أصبت فلك عشر أجور، وإن اجتهدت فأخطأت فلك أجر"[5].

حنبل،ت: أحمد شاكر، دار الحديث، القاهرة-مصر- ط1، (1995/1416)، الحديث رقم666، ج1،ص459/458. وصححه ابن حبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، علاء الدين علي بن بلبان، ت: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، (دط دت)،كتاب القضاء، باب ذكر أدب القاضي عند إمضائه الحكم بين الخصمين، ج11،ص452. قال ابن حجر: "وقواه ابن المديني"، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، الحافظ ابن حجر العسقلاني، دار النهضة، (دط دت)، ص288. وقال أحمد شاكر: "إسناده صحيح"، انظر التعليق بهامش مسند أحمد،458/1. وذكر الألباني طرقه وقال: "وجملة القول أن الحديث بمجموع الطرق حسن على أقل الأحوال". الإرواء228/8.

1- تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، أبو العلى محمد بن عبد الرحمان بن عبد الرحيم المباركفوري، دار الفكر، (دط دت)، ج4، ص561.

2- المحلى، 369/9.

3- الحَجْر: منع نفاذ تصرف قولي لا فعلي، لصغر، وجنون. التعريفات، الجرجاني، مؤسسة الحسني، ط1، (1428/ 2006)، ص78.

4- فتح الباري، 172/13.

5- السنن، علي بن عمر الدارقطني، مؤسسة الرسالة، ط1، (2004/1412)، كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك، الحديث رقم4457، ج5، ص361. مسند أحمد بن حنبل، عالم الكتب، بيروت -لبنان-، ط1، (1998/1419)، ج2، ص648. وصححه الحاكم وقال: "حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه"، المستدرك على الصحيحين، أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، دار المعرفة، بيروت -لبنان-، (دط دت)، كتاب الأحكام، ج4، ص88. وقال ابن الملقن: " وفيه فرج بن فضالة التنوخي، ضعفة الدار قطني، وغيره، وقواه الإمام أحمد". البدر المنير

ووجه الاستدلال بالحديث "أن الحق اسم للكائن الثابت، ولا ثبوت مع احتمال العدم، واحتمال العدم ثابت مع البينة لاحتمال الكذب، فلم يكن الحكم بالبينة حكما بالحق، فكان ينبغي أن لا يجوز الحكم بها أصلا؛ إلا أنها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات، و لم يظهر حال الغيبة"[1].

ولقد ناقش حسن أبو غدة استدلال الحنفية من عدة وجوه:

الوجه الأول: قيام احتمال الكذب في الإقرار على النفس، كقيامه في البينة، فيلزم من هذا أن ما يقال عن البينة يقال عن الإقرار، وهل يقولون بأنه لا يجوز الحكم بالإقرار أصلا، لاحتمال الكذب فيه؛ إلا أنه جعل حجة لضرورة فصل الخصومات؟

وفضلا عن هذا فإن احتمال الكذب في البينة على الغائب أمر متوهم كما هو على الحاضر.

الوجه الثاني: البينة إحدى طرق الإثبات المعتد بها شرعا في القضاء لقول الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾[2]، وإذا كانت كذلك كان القضاء بالبينة العادلة قضاء بالحق- لا كما يقولون-، وبهذا يصح الحكم على الغائب كما هو على الحاضر.

الوجه الثالث: لم تجعل البينة حجة لضرورة فصل الخصومات؛ بل هي حجة قائمة ثابتة بمشروعية أصلية غير عارضة، يعمل بها استنادا إلى العلم اليقيني بصحتها، أو على أقل تقدير غلبة الظن بصحتها، فإذا غلب على ظن القاضي ذلك، وجب العمل بها والحكم بمقتضاها باتفاق العلماء، ويكون حينئذ قد حكم بالعدل والقسط كما أمر الله تعالى[3].

في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، ابن الملقن، ت: أحمد بن سليمان بن أيوب، دار الهجرة، ط1، (1425/ 2004)، ج9، ص526. وقال الألباني في الإرواء: " وقد اضطرب في إسناده"، 224/8.

1- بدائع الصنائع، 223/6.

2- الطلاق 02.

3- القضاء على الغائب، 86/85.

الدليل السادس: من آثار الصحابة، أنه أتى عمرَ بن الخطاب–رضي الله عنه– رجلٌ قد فقئت عينُه، فقال له عمر: فلعلك قد فقأت عيْنَي خصمك معا، فحضر خصمُه وقد فقئت عيناه معا، فقال عمر: إذا سمعت حجة الآخر بان القضاء[1].

ووجه الدلالة من هذا الأثر، أنه لا يوجد مخالف لعمر بن الخطاب –رضي الله عنه–.

ولقد ناقش ابن حزم هذا الاستدلال من وجوه عدة منها:

الوجه الأول: أن الوارد عن عمر بن الخطاب –رضي اله عنه– لا يصح؛ لأن هذا مروي من طريق محمد الغفاري عن أبي ذئب الجهني، ولا يدرى من هما.

الوجه الثاني: أن الثابت عن عمر– رضي الله عنه – هو القضاء على الغائب، كالقضاء على امرأة المفقود[2].

– ثانيا: من المعقول.

الدليل الأول: إن القضاء على الغائب وللغائب لا يجوز؛ لأن القضاء لقطع الخصومة، والخصومة من الغائب غير متصورة[3].

الدليل الثاني: القضاء للمدعي حال غيبة المدعى عليه قضاء لأحد الخصمين قبل سماع الآخر[4].

ولقد ناقش ابن حجر أدلتهم بقوله: إن هذا كله لا يمنع الحكم على الغائب، لأن حجته إذا حضر قائمة، فلتسمع ويعمل بمقتضاها ولو أدى ذلك إلى نقض الحكم السابق[5].

---

1 - المحلى، 368/9.

2- المصدر نفسه، 368/9 وما بعدها.

3- شرح فتح القدير،كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، (1424/ 2003)، ج6، ص134.

4- بدائع الصنائع، 224/6.

5- فتح الباري، 172/13.

بعد التأمل والدراسة لما سبق ذكره من الأدلة، والأقوال والردود لكل فريق، فإن الفريق القائل بجواز القضاء على الغائب- وهو مذهب الجمهور- هو المذهب الراجح، وفيما يلي بعض بعض الذين رجحوا هذا المذهب، والمرجحات التي اعتمدوها.

1- ترجيح البخاري جواز القضاء على الغائب، وعقد لذلك بابا ترجم له بقوله: باب القضاء على الغائب، واستدل له بحديث هند[1].

2- قال ابن حجر العسقلاني: إن إذن النبي- صلى الله عليه وسلم- لهند أن تأخذ من مال أبي سفيان بغير إذنه قدر كفايتها، فيه قضاء على الغائب، فيحتاج من منعه إلى أن يجيب عن هذا[2].

3- بعد أن استعرض ابن حزم أدلة الفريقين، مال إلى القول الذي يرى جواز القضاء على الغائب[3].

4- إن الأدلة التي ساقها الجمهور أقوى من أدلة الحنفية ومن وافقهم، ومن مظاهر هذه القوة، قياس الغائب على الصغير والمفقود، وهو أولى.

5- سلامة الإجماع من اعتراضات الحنفية، حيث لم ينقل عنهم أي رد أو اعتراض عليه.

6- تناقض أقوال الحنفية ومن وافقهم، فمنعوا القضاء على الغائب، واعتمدوا في ذلك على أدلة نقلية وعقلية، ثم ناقضوا أصلهم بجواز القضاء على المفقود، والحكم بالنفقة لزوجة الغائب[4].

7- توافق قول من قال بالجواز مع مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ الأموال، ومنع أكلها بالباطل، وسد باب التحايل.

1- فقه الإمام البخاري، نور حسن عبد الحليم، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، إشراف محمود عبد الدائم علي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، (1991/1411)، ص264.

2- فتح الباري، 511/9.

3 - المحلى، 368/9 وما بعدها.

4- القضاء على الغائب، 92-93-94.

8- توافق جواز القضاء على الغائب مع مبدأ-سد الذرائع- وبيان هذا؛ أن تعدد الأسفار وغياب الكثيرين عن مواطنهم، يقتضي ترجيح جواز القضاء على الغائب؛ لئلا تُتَخذ الغيبة ذريعة للتهرب من القضاء.

الفرع الثالث: شروط القضاء على الغائب وأنواع الدعاوى الجائزة عليه

المسالة الأولى: شروط القضاء على الغائب

لقد اشترط القائلون بجواز القضاء على الغائب شروطا حتى يصح الحكم عليه.

الشرط الأول: تعسر إحضار المدعى عليه، كأن يكون في بلد غير بلد المدعي، أو يكون خارج حدود ولاية القاضي، كون أن لكل قاض حدودا مكانية، أو يكون المدعى عليه خائفا من الذهاب إلى ذلك البلد خوفا من مرض ونحوه[1].

الشرط الثاني: أن يكون الحق المراد طلبه من حقوق العباد، فإن كان من حقوق الله تعالى كحد الزنى أو السرقة أو شرب الخمر فلا يصح القضاء، كون هذه الحدود مبنية على المسامحة[2].

الشرط الثالث: أن يكون للمدعي بينة، أو شاهد ويمين، حتى يتمكن من إثبات الحق عند القاضي، وإلا فلا جدوى من الدعوى على الغائب[3].

الشرط الرابع: أن يذكر في دعواه إنكار وجحود المدعى عليه؛ لأن البينة شرط، وهي لا تقام على مُقِر، فإن قال: هو مقر، لم تسمع بينته ورُدَّت دعواه[4].

الشرط الخامس: أن يصرح المدعي بالدعوى، ويُعيِّن نوع وجنس ووصف المدعى به صراحة لا غموض فيها، وذلك بأن يقول بأن قدر هذا كذا من كيل أو وزن أو عدٍّ وغير ذلك مما

1- الغائب وأحكام القضاء، ص77.

2- التلقين في الفقه المالكي، أبو محمد عبد الوهاب، ت: محمد ثالث سعد الغاني، مكتبة نزار مصطفى الباز -الرياض- (دط دت)، ج2، ص533. الحاوي، 30/16. المغني، 95/14.

3- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، مصطفى السيوطي الرحيباني، المكتب الإسلامي، ط1، (1381/1961)، ج6، ص527. الحاوي، 296/16.

4- العزيز شرح الوجيز، 511/12. الغائب وأحكام القضاء87.

تعارف عليه الناس، ولا يكفي الاقتصار على قوله:"لي على فلان كذا" لما في ذلك من الجهالة واللبس[1].

الشرط السادس: أن يصرح الحاكم بأسماء الشهود الذين ثبت بهم الحكم على الغائب، حتى يتمكن الغائب من معرفة من شهد عليه[2].

المسالة الثانية: أنواع الدعاوى الجائزة على الغائب

اختلف الفقهاء القائلون بجواز القضاء على الغائب في أنواع الدعاوى التي يجوز الادعاء بها على الغائب إلى فريقين.

– الفريق الأول: الجمهور.

ذهب المالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5] إلى جواز القضاء على الغائب فيما كان حقا للعبد فقط، كالأموال، والعروض، والأحوال الشخصية؛ أما حقوق الله تعالى فلا يقضى بها كحد الزنى، وشرب المسكر، والسرقة ، كونها تدرأ بالشبهات، كما أن مبناها على المساهلة والمسامحة.

– الفريق الثاني:الظاهرية.

ذهب الظاهرية إلى جواز القضاء على الغائب في كل شيء، سواء فيما تعلق بحقوق الله تعالى أو حقوق العباد[6].

1- الحاوي، 305/16-306. العزيز شرح الوجيز، 511/12.

2- التبصرة، 80/1-81.

3- التلقين، 533/2. حاشية الدسوقي، 162/4. التفريع، أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الجلاب البصري، ت: حسين بن سالم الدهماني، دار الغرب الإسلامي، ط1، (1408/1987)، ج2، ص247.

4- الحاوي، 300/16. الوجيز، 245/2.

5- المغني، 95/14.

6- المحلى، 366/9.

قال ابن حزم: إن هذا التفريق بين حقوق الله وبين حقوق العباد قول بلا برهان[1]، ومستنده في ذلك – والله أعلم- عموم الأدلة القاضية بجواز الحكم على الغائب.

والقول المختار هو قول الجمهور، وذلك بقبول الدعوى على الغائب فيما تعلق بحقوق العباد فقط بكافة صورها المالية والعائلية، كون هذه الأخيرة قائمة على المضايقة والمشاحة، وينبغي أن يحتاط لها، بخلاف حقوق الله تعالى، المبنية على المسامحة والرحمة بالعباد لقول الله تعالى:﴿ وَرَبُّكَ الْغَنِيُّ ذُو الرَّحْمَةِ﴾[2]، وقوله عز وجل: ﴿وَرَحْمَتِي وَسِعَتْ كُلَّ شَيْءٍ﴾[3]، -والله أعلم_[4].

1- المصدر السابق، 366/9.

2- الأنعام133.

3- الأعراف156.

4- القضاء على الغائب،99.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من الحكم والقرار الغيابي

تتفق جميع التشريعات على أن الأصل في المحاكمة هو حضور جميع أطراف الخصومة أمام القاضي، ولقد أشار المشرع الجزائري إلى إقرار هذا المبدأ في مواد عدة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد نصت المادة 99 منه على ما يلي: "يحضر الخصوم شخصيا أمام الجهة القضائية في جلسة علنية، أو في غرفة المشورة، طبقا للقواعد التي تحكم سير الخصومة"[1].

إلا أنه بالإمكان التخلي عن هذا المبدأ في حالات ولأسباب خاصة، فقد أجاز المشرع الجزائري الفصل في الخصومة غيابيا[2]، حيث جاء في نص المادة 292 من ق.إ.م.إ: "إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله أو محاميه، رغم صحة التكليف بالحضور، يفصل القاضي غيابيا".

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد احتاط في إصداره للحكم الغيابي حتى لا يكون متعسفا فيه، وذلك من خلال الطعن بطريق المعارضة[3] التي تعد من طرق الطعن العادية، فقد جاء في نص المادة 294 من ق.إ.م.إ: "يكون الحكم الغيابي قابلا للمعارضة".

أما ق.أ.ج فقد جاء في المادة111 منه: " على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود، وأن يُعيِّن في حكمه مقدما من الأقارب، أو غيرهم لتسيير أموال المفقود...".

وجاء في المادة 112 من نفس القانون قولها: " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

1- الأمر66-145 المؤرخ في 18صفر عام 1386هـ الموافق 8يونيو سنة1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بالقانون رقم08-09 مؤرخ في 18صفر عام1429هـ الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، يوسف دلاندة، دار هومة، ط2009، ص204.

3- المعارضة: هي إحدى طرق الطعن العادية يمارسها الخصم المتغيب، تسمح بمراجعة الحكم، أو القرار الغيابي، والنظر في القضية من جديد أمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم، أو القرار الغيابي. شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بربارة عبد الرحمان، منشورات بغدادي، ط1، 2009، ص 246.

وتنص المادة 113 من نفس القانون كذلك على أنه: " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري...".

ومن خلال هذه المواد السابقة الذكر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقانون الأسرة الجزائري، يتضح أن المشرع الجزائري قد أجاز استصدار أحكاما ضد الغائب؛ وهذا ما يظهر من خلال الحكم الصادر في قضية الحال.

بيان وقائع الدعوى[1].

بموجب عريضة افتتاح الدعوى المقيدة والمودعة لدى أمانة ضبط المحكمة- القسم العقاري- بتاريخ 25-03-2012 والمسجلة تحت رقم 1485-2012 أقام المدعي المباشر للخصام بواسطة الأستاذ (ب،ب) دعوى قضائية ضد المدعى عليه.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة حال فصلها في القضايا العقارية : علنيا، حضوريا، ابتدائيا **غيابيا** بما يلي:

- عدم قبول الدعوى شكلا لانتفاء الصفة.
- تحميل المدعى عليه المصاريف القضائية.

ومما سبق عرضه حول موقف الفقه الإسلامي، والقانون الجزائري حول مفهوم الغيبة، وحكم القضاء على الغائب نجد أن هناك تقاربا بين النظامين، إن لم نقل بأن المشرع الجزائري قد استمد غالبية تقنيناته من الفقه الإسلامي، ويظهر ذلك من خلال ما يلي:

- لم يختلف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أن القضاء على الغائب تحقيق لمصلحة أطراف الخصومة، وهو حل وسطي، فلا تتعطل مصالح المدعي، كما أن المحكوم عليه غيابيا يحق له الطعن في الحكم الصادر.

1- حكم صادر عن مجلس قضاء مستغانم، محكمة مستغانم، القسم العقاري، رقم الجدول: 01485/ 12، رقم الفهرس: 03017/ 12، تاريخ الحكم: 06/ 06/ 12.

- لم يختلف الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي في اعتبار الكثير من صور الغيبة حالات يجوز فيها إصدار أحكام غيابية، كحالة الفقد، والغيبة بدون عذر ولا نفقة، والحبس؛ إذ أجاز للمرأة طلب التطليق لذلك.
- لم يختلف الفقه الإسلامي في الرأي الراجح، والقانون الجزائري في جواز الحكم على الغائب، وعدم انتظار مجيئه وحضوره لفض الخصومة، دون اشتراط سماع أقواله.
- لم يختلف الفقه الإسلامي، والقانون الجزائري في حفظ حق الغائب، وذلك من خلال الطعن في الدعوى، وسماع حجته بعد مجيئه.
- لم يختلف الفقه الإسلامي في الرأي الراجح، والقانون الجزائري في أن الحكم على الغائب لا بد أن يستوفي جميع الشروط حتى يحكم عليه.

الفصل الثاني

حكم الفرقة للغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إن من أعظم الآثار التي تترتب على الغيبة ترك الوطء، هذه الغريزة التي أودعها الله —عز وجل– الإنسان، وبيَّن السبيل المشروع لتحقيقها؛ إلا أنه قد تستجد أمور وظروف في حياة الزوجين تحول دون تحصيلها، ومن ذلك حالة الغيبة ؛ فإذا ما غاب الزوج عن زوجته، ورفعت أمرها إلى القضاء وطلبت الفرقة، فهل لها الحق في ذلك شرعا وقانونا؟ وما هي النصوص الشرعية والقانونية في ذلك؟ وما نوع الفرقة إذا وقعت؟ وهل اشترط الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في ذلك شروطا؟ وما هي أبرز أوجه الائتلاف والاختلاف بين النظامين في هذه المسألة؟

كل هذه الأسئلة سيتم الإجابة عنها وفق مبحثين:

المبحث الأول: حكم الفرقة للغيبة غير المنقطعة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: حكم الفرقة للغيبة المنقطعة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول

حكم الفرقة للغيبة غير المنقطعة في الفقه الإسلامي

وقانون الأسرة الجزائري

لقد جعل الإسلام طريقا ونظاما قائما بذاته لفك الرابطة الزوجية حينما يتعسر استمرارها، ألا وهو الطلاق، الذي يُعد أبرز حقوق الزوج، وعليه فهل جعل الإسلام للزوجة طريقا للخلاص من هذه الحياة الزوجية إذا وجدت الأسباب حتى يكون عادلا بين الزوجين؟ فما تعريف هذا الطريقة إن وجدت؟ وما نوعها؟ وما هي شروط وقوعها في الفقه الإسلامي؟ وما الآثار المترتبة عنها؟ وهل وافق أم خالف المشرع الجزائري ما ورد في الفقه الإسلامي حول حكم هذه الفرقة؟ هذه التساؤلات وغيرها سيتم الإجابة عنها في مطلبين:

المطلب الأول: حكم الفرقة للغيبة غير المنقطعة في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: حكم الفرقة للغيبة غير المنقطعة في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: حكم الفرقة للغيبة غير المنقطعة في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في جواز الفرقة[1] بين الزوجين للغيبة غير المنقطعة إلى فريقين في الجملة، ومبنى اختلافهم راجع إلى حكم استدامة الوطء، هل هو حق للزوجة مثل ما هو حق للزوج؟ أم هو حق للزوج فقط؟ وعلى هذا سيكون الاستدلال لمسألة الفرقة بين الزوجين هو الاستدلال لمسألة الوطء.

الفرع الأول: القائلون بجواز التفريق وأدلتهم

يرى المالكية[2]، والحنابلة[3] أن من غاب عن امرأته غيبة غير منقطعة فلها الحق في المطالبة بالفرقة، واستدلوا لذلك بأدلة من المنقول والمعقول.

- أولا: من المنقول.

الدليل الأول: قال الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[4].

1- الفُرقَةُ في اللغة: مصدر الافتراق، وهو اسم يُوضع موضع المصدر الحقيقي من الافتراق، وفارق الشيء مُفَارقَة وفِراقا:بايَنَهُ، والاسم الفُرقة، وتفارق القوم: فارق بعضهم بعضا، وفارق فلان امرأته مُفارقَةً وفِراقا: بَايَنَها. تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الحُسيني الزبيدي: ت: عبد الكريم العزباوي، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ط1، (2001/1422) ج36، ص298. لسان العرب، 3398/39. أما في الاصطلاح فيذكر الفقهاء هذه الكلمة ويريدون بها انحلال الرابطة الزوجية سواء أ كانت بطلاق أو غيره. الموسوعة الفقهية الكويتية، 107/32، موسوعة فقه ابن تيمية، محمد رواس قلعة جي، دار النفائس، ط2، 1412/ 1992، ص1073. وبهذا فاستعمال الفقهاء للفرقة بهذا المعنى لا يخرج عن المعنى اللغوي لها.

2- النوادر والزيادات، 253/5.

3- هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، عثمان أحمد النجدي، ت: حَسَنين محمد مخلوف، دار محمد، الطائف-العربية السعودية- ط1، (1996/1417)، ج2، ص736.

4- البقرة 228.

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن ترك وطء الزوجة الذي هو حق لها إضرارا بها، والدوام على ذلك له حكم الإيلاء[1].

الدليل الثاني: قال الله عز وجل:﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[2].

والدلالة من الآية الكريمة أن إمساك الزوجة مع ترك الإنفاق ليس إمساكا بمعروف، فيتعين التسريح[3].

الدليل الثالث: قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾[4].

قال ابن العربي:"أن الزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها، فإن لم يفعل خرج عن حد المعروف، فيطلقها عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها في بقائها عند من لم يقدر على نفقتها"[5].

الدليل الرابع: من السنة حديث عبد الله بن عمرو بن العاص-رضي الله عنه-: قال لي رسول الله-صلى الله عليه وسلم-: "يا عبد الله، ألم أُخبَر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟" فقلت: بلى يا رسول الله، قال: "فلا تفعل، صم وأفطر، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقا، وإن لعينك عليك حقا، وإن لزوجك عليك حقا..."[6].

1- الإشراف، 471/2.

2- البقرة 229.

3- الواضح في شرح مختصر الخرقي، نور الدين أبي طالب عبد الرحمان بن عمر بن أبي القاسم بن علي بن عثمان البصري، ت:عبد الملك بن عبد الله الدهيش، دار خضر، بيروت-لبنان-، ط1، (2000/1421)،ج4، ص198.

4- البقرة 231.

5- أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، (دط دت)، ج1، ص270.

6- أخرجه البخاري، كتاب الصوم، باب حق الجسم في الصوم، الحديث رقم1975، 51/2. ومسلم، كتاب الصوم، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوت به حقا، 163/3.

فبين النبي–صلى الله عليه وسلم– أن للزوجة حقا[1]، والحق في الحديث هنا أعم من الواجب أو المندوب[2]، ولا ريب أن الوطء من أهم الحقوق المقررة للطرفين لما فيه من إعفافهما.

قال ابن تيمية : إن وطء الزوجة بالمعروف هو من أوكد حقوقها عليه، وأعظم من إطعامها[3].

الدليل الخامس: عن ابن عمر –رضي الله عنهما– أن عمر بن الخطاب كتب إلى أُمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم أن ينفقوا أو يُطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى[4]. وهذا إجبار على الطلاق عند الامتناع عن النفقة، وفي صبرها ضرر بها إن أمكن إزالته صار واجبا[5].

الدليل السادس: عن عائشة –رضي الله عنها– عن النبي–صلى الله عليه وسلم– قال:"لا ضرر[6] ولا ضرار"[7].

1- المغني، 237/10.

2- فتح الباري، 218/4.

3- مجموع الفتاوى، تقي الدين أحمد ابن تيمية الحرَّاني، دار الوفاء، ط3، (1426/ 2005)، ج32، ص170.

4- أخرجه البيهقي كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، 773/7. وأخرجه عبد الرزاق، المصنف، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، ت: حبيب الرحمان الأعظمي، المكتب الإسلامي،ط1، (1983/103). كتاب الطلاق، باب الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها، الحديث رقم 12346، ج7، ص93. وذكر الحافظ ابن حجر طرقه في التلخيص، 19/4. وصححه الألباني وقال: "وهذا إسناد رجاله ثقات؛ رجال الشيخين غير مسلم بن خالد". الإرواء، 228/7.

5- الواضح في شرح مختصر الخرقي، 198/4. الفقه الإسلامي، 533/7.

6- "الضرر والضرار بمعنى واحد، فيكون الجمع بينهما تأكيدا، وقيل متغايران، فقيل: بمعنى الفعل والمفاعلة،كالقتال والمقاتلة، أي لا يضر أحد أحدا ابتداءا، ولا يضره إن ضاره". نصب الراية لأحاديث الهداية، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي، مؤسسة الريان، (دط دت)، ج4، ص386.

7- السنن للدارقطني، كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك، 407/5. والحاكم في المستدرك بزيادة "ومن شاق شاق الله عليه"، كتاب البيوع، وقال: "هذا الحديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه". المستدرك، ج2، ص58. ومالك، كتاب الموطأ، دار الفكر، ط3، 2002/1422، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ص404. وذكر الزيلعي طرقه في نصب الراية 386/4. قال الألباني: "صحيح روي من حديث عبادة بن الصامت، وعبد الله بن عباس، وأبي سعيد الخدري، وأبي هريرة...فهذه طرق كثيرة لهذا الحديث قد تجاوزت العشر، وهي وإن كانت ضعيفة مفرداتها، فإن كثيرا منها لم يشتد ضعفها، فإذا ضم بعضها إلى بعض تقوى الحديث بها، وارتقى إلى درجة الصحيح". إرواء الغليل، ج3، ص408-413.

يفهم من هذا الحديث أن المرأة تتضرر من غياب الزوج، فيحملها ذلك على فعل ما هو محرم، بفعل إهمالها وتركها تعيش من غير مؤنس[1]؛ ولأن من قواعد التشريع الإسلامي إزالة الضرر، وإزالته تكون بتمكينها من طلب الفرقة بمدة معقولة[2] .

الدليل السابع: عن الشعبي قال: "جاءت امرأة إلى عمر-رضي الله عنه- فقالت: زوجي خير الناس يقوم الليل ويصوم النهار، فقال عمر-رضي الله عنه-: أحسنت الثناء على زوجك، فقال كعب بن سور: لقد اشتكت فأعرضت الشكيَّة، فقال عمر- رضي الله عنه-: اخرج مما قلت، قال: أرى أن تنزله بمنزلة رجل له أربع نسوة، له ثلاثة أيام ولياليهن، ولها يوم وليلة"[3].

قال ابن قدامة: "وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر، فكانت إجماعا"[4].

- ثانيا:من المعقول.

الدليل الأول: جواز قياس التفريق للغيبة على التفريق بسبب العُنة والجب[5] والإيلاء، فلو لم يكن الوطء من حق الزوجة كما هو حق للزوج، لما أُجيز لها التفريق من الزوج العنين أو المجبوب[6].

لكنِ المانعون للتفريق اعترضوا على هذا الاستدلال، وقالوا: إن قياس الغيبة على العنة لا يصح، لأن الغيبة يعقبها الرجوع، والعنة لا تزول بعد استمرارها سنة عادة، فانعدم شرط

1- الأحوال الشخصية، أبو زهرة، دار الفكر، ط2، (دت)، ص367.

2- المفصل، 465/8.

3- أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب حق المرأة على زوجها وفي كم تشتاق، الحديث رقم 12586، ج7، ص 148-149. وصححه الألباني في الإرواء، 80/7.

4- المغني، 238/10.

5- العُنة صغر الذكر، والجب قطع الذكر والأنثيين. الذخيرة، 428/4.

6- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 52/2. المغني، 238/10.

القياس الذي هو الاستواء[1]؛ أما الإيلاء فلا معتبر به، لأنه كان طلاقا معجلا في الجاهلية، فاعتبر في الشرع مؤجلا، فكان موجبا للفرقة، كما أنه لا يتوقف على تفريق القاضي[2].

الدليل الثاني: إن الوطء حق للزوجة كما هو للزوج؛ لأنه لو لم يكن لها حق فيه لملك الزوج تخصيص إحدى زوجاته به، كالزيادة على القدر الواجب في النفقة[3].

ونوقش هذا الاستدلال أيضا، بأن النكاح حق للزوج، وله الحق في إبقاء هذا الحق، ولو مُكنت المرأة من إعادة الزواج، كان فيه حكم بالموت على الغائب[4]، وهذا ما ذكرناه سابقا، من أن الحنفية ومن وافقهم لا يرون القضاء على الغائب.

الدليل الثالث: إن النكاح شرع لمصلحة الزوجين؛ وذلك بدفع ضرر الشهوة عن المرأة، كإفضائه إلى دفع ذلك عن الرجل؛ فيكون النكاح حقا لهما [5].

الدليل الرابع: إن من حقوق المرأة الوطء، ولو لم يكن من حقها لما وجب استئذانها في العزل كالأمة.

الدليل الخامس: إن الله عز وجل قدره بأربعة أشهر في حق المولي، فكذلك في حق غيره[6].

قال العثيمين: "وهذا الاستدلال جيد، ولكنه معارض بما هو أصرح منه، وهو قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[7]، فإنه إن كان هو اشتهى الجماع، قلنا له: متى شئت فجامع، ويجب عليها أن تمكنه، وليس من العدل أن لا يكون لها الحق في الجماع إلا ثلاث مرات في السنة، هذا ليس من المعروف في شيء"[8].

1- تبيين الحقائق، 312/3.

2- شرح فتح القدير، 138/6.

3- المغني، 238/10.

4- المبسوط، شمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت -لبنان-، (دط دت)، ج11، ص35.

5- المغني، 240/10.

6- المرجع نفسه.

7- النساء19.

8- مذكرة فقه، محمد بن صالح العثيمين، دار البصيرة، مصر، ط1، (2004/1425)، ج3، ص288.

الفرع الثاني: المانعون للتفريق وأدلتهم

يرى الحنفية[1]، والشافعية[2]، والظاهرية[3]، أن المرأة لا يحق لها طلب الفرقة للغيبة غير المنقطعة حتى ولو لحقها ضرر، واستدلوا لقولهم بأدلة من المنقول والمعقول.

- أولا: من المنقول.

الدليل الأول: عن المغيرة بن شعبة -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-"امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته"[4].

الدليل الثاني: ما روي عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- في امرأة المفقود "هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق"[5].

الدليل الثالث: عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- قال: "تتربص حتى تعلم أحي هو أو ميت"[6].

1- شرح فتح القدير، 350/4.

2- الحاوي الكبير، 316/11.

3- المحلى، 142/10.

4- السنن الكبرى للبيهقي، كتاب العدد، باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته، الحديث رقم15565، 731/7. والدارقطني،كتاب النكاح، 483/4. وابن أبي شيبة، المصنف، ت: محمد عوامة، دار قرطبة، بيروت-لبنان-، ط1، (2006/1427)، كتاب النكاح، باب رقم 114 في امرأة المفقود من قال ليس لها أن تزوج، الحديث رقم 16979، ج9، ص209. وسعيد ابن منصور، السنن، سعيد بن منصور، ت:حبيب الرحمن الأعظمي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، (دط دت) ، كتاب الطلاق، باب الحكم في امرأة المفقود، الحديث رقم 1758، ج1، ص402. قال الزيلعي: حديث ضعيف، لأن في سنده محمد بن شرحبيل وهو متروك الحديث، يروي عن المغيرة مناكير وأباطيل. نصب الراية، 473/3. وقال ابن حجر: إسناده ضعيف. تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ابن حجر العسقلاني، مؤسسة قرطبة، ط1، (1995/1416)، ج3، ص466. وقال الألباني: ضعيف جدا. سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة مختصرة، محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، ط1، (1430/ 2009)، ص931.

5- المصنف لعبد الرزاق،كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، الحديث رقم12330، 90/7.

6- المصنف،كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، الحديث رقم12331، 90/7. وسنن سعيد بن منصور، كتاب الطلاق، باب الحكم في امرأة المفقود، الحديث رقم1760، 403/1. قال الباجي: ماروي عن علي هي

ووجه الدلالة من هذه الأحاديث أنها واردة في عدم جواز الفرقة للغيبة المنقطعة –الفقد–، ففي الغيبة غير المنقطعة من باب أولى[1]؛ ومذهب الحنفية والشافعية عدم جواز الفرقة للغيبة المنقطعة.

– ثانيا: من المعقول.

الدليل الأول: إنه لم يرد نص في كتاب الله، ولا سنة نبيه –صلى الله عليه وسلم– يجيز التفريق لغيبة الزوج، ولا إيجاب عدة ممن لم يصح موته[2].

الدليل الثاني: الوطء حق للزوج فلا يجب عليه كسائر حقوقه، فيجوز تركه كسكنى الدار المستأجرة[3].

لكن الذي يقال عن هذا الدليل، بأنه حق للزوجة كذلك، وهذا ظاهر من أدلة الفريق الأول.

الدليل الثالث: أن الداعي إلى الاستمتاع الشهوة والمحبة، فلا يمكن إيجابه على الزوج[4].

ويناقش بأن الإيجاب هنا من أجل تضرر الزوجة والخشية عليها من الوقوع في الفاحشة، وليس مجرد الإيجاب، لذا فإن الذين يقولون بإيجابه واستمراره على الزوج يقولون: إذا لم تتضرر الزوجة من عدم الوطء و لم تطالب به، فلن يلزم الزوج بذلك، لذا شرع الله الزواج الذي من مقاصده عفة الزوج والزوجة من الوقوع في المحرم[5].

أسانيد غير متصلة، وما اتصل منها ليس بقوي، وهي مع ذلك تحتمل التأويل. المنتقى شرح موطأ مالك. أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي، ت: عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، لبنان،ط1،(1420/ 1999)، ج7، ص90.

1- المفصل، 464/8.

2- المحلى، 142/10.

3- المهذب، 481/2.

4- المصدر نفسه.

5- التفريق بين الزوجين للغيبة، عبد العزيز بن محمد عثمان الريش، www.4shared.com. تاريخ آخر زيارة.05/ 2012/08.

الدليل الرابع: منع المرأة من السفر بغير إذن زوجها؛ لأن الاستمتاع حق له فلا يجوز تفويته[1].

ومما سبق عرضه من آراء الفقهاء واستدلالاتهم يتبين أن الرأي الراجح، هو الرأي القائل بجواز التفريق بين الزوجين للغيبة غير المنقطعة، وهذا الترجيح يرجع إلى ما يلي:

1- قوة أدلة الفريق القائل بجواز الفرقة، وبخاصة الأدلة الداعية إلى رفع الضرر، وضعف أدلة المخالف نظرا لما ورد عليه من ردود.

2- إن القائلين بجواز الفرقة للغيبة غير المنقطعة، وضعوا شروطا لإيقاعها متى توافرت هذه الشروط كان بإمكان الزوجة المطالبة بذلك، وهذا ما سيأتي في الفرع الموالي.

3- إن من أهم المبادئ التي يدعو إليها الإسلام الأخلاق الفاضلة، والمحامد الحسنة في المجتمع، وغلق جميع المنافذ أمام الشرور والمفاسد، ولا شك أن غياب الزوج عن زوجته قد يدفعها إلى المحرم بفقدها تلبية هذه الغريزة البشرية.

4- توافق هذا الرأي مع مقاصد التشريع الإسلامي، الذي جعل من أهداف الزواج إعفاف الزوجين، خاصة إذا لحق الزوجة ضرر.

1- المهذب، 480/2.

الفرع الثالث: الأسباب والشروط للتفريق للغيبة غير المنقطعة عند القائلين بها

- أولا: الأسباب.

أ- النفقة: يجب على الزوج الغائب أن ينفق على زوجته من ماله حال غيابه، وإذا ترك ذلك وطلبت الزوجة الفرقة، فإنه يفرق بينهما لترك النفقة[1]، لقول الله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[2]؛ لأن الإمساك مع ترك الإنفاق إمساك بغير معروف، فيتعين التسريح[3]؛ ولأن عمر كتب في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا، وهذا إجبار على الطلاق عند الامتناع عن الإنفاق[4]. قال مالك:"لقد أصاب عمر بن عبد العزيز وجه الأمر"[5].

ب- أن تخشى الزوجة على نفسها الضرر بسبب الغيبة.

والضرر هنا هو خشية الوقوع في الزنا، ويعلم ذلك منها، وتُصَدَّق في دعواها، وليس مجرد الاشتهاء للجماع يوجب طلاقها[6]، والحنابلة أطلقوا الضرر ويريدون به خشية الوقوع في الزنا كالمالكية؛ إلا أن هذا الضرر يثبت بقول الزوجة وحدها، لأنه لا يعرف إلا منها، إلا أن يكذبها ظاهر الحال[7]، وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتضٍ للفسخ بكل حال، سواء بقصد من الزوج أو بغير قصد[8].

1- حاشية الدسوقي، شمس الدين بن عرفة، دار إحياء التراث، (دط دت)،ج2، ص431. مواهب الجليل، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المعروف بالحطاب، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، (1416/1995)، ج5، ص497. المغني، 247/11. معونة أولي النهى،182/10-183.

2- البقرة 229.

3- الواضح في شرح مختصر الخرقي، 195/4.

4- سبق تخريجه، ص57.

5- الكافي لابن عبد البر، 261.

6- حاشية الدسوقي، 431/2. المغني، 240/10.

7- الموسوعة الفقهية الكويتية، 64/29.

8- المستدرك على مجموع الفتاوى، محمد بن عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، طبع على نفقة صاحبه، ط1، 1418، ج4، ص218.

- ثانيا: الشروط.

أ- الكتابة إلى الزوج الغائب: أن يكتب القاضي إلى الزوج الغائب يطالبه بالعود إلى زوجته، أو نقلها إليه، أو تطليقها عليه، ويمهله في ذلك مدة مناسبة؛ هذا إذا كان له مكان معلوم، وأمكن الاتصال به أو الوصول إليه، فإن رفض ولم يرد بشيء وانقضت المدة، أو لم يكن له مكان معلوم طلق عليه[1].

ب- أن تطلب الزوجة الفرقة: فلا يفرق القاضي بين الزوجة وزوجها الغائب إلا إذا طلبت الزوجة ذلك[2].

ج- أن تكون الغيبة بغيرعذر: وهذا الشرط مختلف فيه بين المالكية والحنابلة؛ فاشترط الحنابلة للتفريق بين الزوجين أن تكون غيبة الزوج بغير عذر، فإن كان له عذر مثل الحج وطلب الرزق أو العلم لا يفرق بينهما[3].

قال صاحب الإنصاف: "قال الإمام أحمد في رواية حرب: قد يغيب الرجل عن أهله أكثر من ستة أشهر فيما لابد منه".

ومعنى هذا أنه قد يغيب في سفر واجب كالحج والجهاد، فلا تحتسب عليه تلك الزيادة، لأنه معذور فيها.

وقال في رواية ابن هانئ: "وسأله رجل تغيب عن امرأته أكثر من ستة أشهر؟ قال: إذا كان في حج، أو غزو، أو مكسب يكسب على عياله، قال: أرجو أن لا يكون به بأس، إن تركها في كفاية من النفقة، ومحرم"[4].

1- النوادر والزيادات، 253/5. حاشية الدسوقي، 431/2. الكافي لابن قدامة، 95/5. الموسوعة الفقهية الكويتية، 64/29.

2- حاشية الدسوقي، 431/2، المعيار المعرب والجامع المغرب، أبو العباس أحمد بن يحي الونشريسي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، (1981/1401)، ج4، ص19. المغني، 247/11.

3- المغني، 240/10.

4- الإنصاف، 1457/2.

أما فقهاء المالكية فلا يشترطون ذلك، إذ للزوجة طلب الفرقة للغيبة غير المنقطعة بعذر، أو بغير عذر[1].

د- أن تكون الغيبة طويلة: لقد اشترط المالكية والحنابلة أن تكون الغيبة طويلة، لكنهم اختلفوا في تحديد مدتها.

فذهب المالكية في المعتمد[2] إلى أن هذه المدة سنة، وقال ابن عرفة: السنتين والثلاث ليست بطول، بل لابد من الزيادة[3].

قال صاحب النوادر: "وروي عن ابن القاسم مثله، وقال ظننته أن الحين السنتان والثلاث، وأما إن طال ذلك فليطلق عليه"[4].

وذهب الحنابلة إلى توقيت مدة الغيبة بستة أشهر، قال ابن قدامة: فإن أحمد ذهب إلى توقيتها بستة أشهر[5].

واستدل الحنابلة بهذا التقدير بما رواه زيد ابن أسلم قال: إن عمر بن الخطاب خرج ليلة يحرس المدينة، فمر بامرأة في بيتها وهي تقول:

تَطاول هذا الليلُ واسْودَّ جانبُهْ   وطال علي أنْ لا خليل أُلاعبهْ

وو الله لولا خشيةُ الله وحــــدهْ   لَحُرِّكَ من هذا السرير جَوانِبُه

فلما أصبح عمر أرسل إلى المرأة، فسأل عنها فقيل: هذه فلانة بنت فلان، وزوجها غازٍ في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة فقال: كوني معها حتى يأتي زوجها، وكتب إلى زوجها فأقفَله،

1- الموسوعة الفقهية الكويتية، 64/29.

2- المعتمد: يطلق على القول سواء أكانت قوته لرجحانه أو شهرته. مصطلحات الفقهاء والأصوليين، محمد إبراهيم الحفناوي، دار السلام، ط2، (1428/ 2007)، ص116.

3- حاشية الدسوقي، 431/2. تقريرات عليش بهامش حاشية الدسوقي، 431/2.

4- النوادر والزيادات، 253/5.

5- المغني، 240/10.

ثم ذهب إلى حفصة بنته فقال لها: يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت له: يا أبه يغفر الله لك أمثلك يسأل مثلي عن هذا ؟ فقال لها: إنه لولا أنه شيء أريد أن أنظر فيه للرعية، ما سألتك عن هذا. فقالت: أربعة اشهر، أو خمسة أشهر، أو ستة أشهر، فقال عمر: يغزو الناس يسيرون شهرا ذاهبين ويكونون في غزوهم أربع أشهر، ويقفلون شهرا، فوقت ذلك للناس من سنتهم في غزوهم[1].

والراجح من هذه الأقوال ما قاله عبد الكريم زيدان: ألاَّ تطول مدة إمهال الزوج الغائب صاحب العذر المشروع عن أربع سنوات في جميع الأحوال...لكن هذا لا يعني إمهال كل غائب هذه المدة، وإنما عدم تجاوزها في جميع الأحوال، ويبقى تحديد المدة على حسب اجتهاد الحاكم في كل قضية، فإذا رأى عذر الغائب لا يستوجب إمهال أكثر من سنة لم يمهله[2].

1- السنن الكبرى للبيهقي،كتاب السير، باب شهود من لا فرض عليه القتال، الحديث رقم 17850، 51/9. وسعيد بن منصور في سننه، كتاب الجهاد، باب الغازي يطيل الغيبة عن أهله، الحديث رقم2463 ، 174/2.

2- المفصل، 465/8-466.

الفرع الرابع: نوع فرقة الغيبة غير المنقطعة

اتفق الفقهاء القائلون بالتفريق للغيبة غير المنقطعة على أنه لا بد من قضاء القاضي؛ لأنها فصل مجتهد فيه، فلا تنفذ بغير قضاء[1]، لكنهم اختلفوا في نوع الفرقة إلى قولين:

أ- القول الأول: ذهب المالكية إلى أن الفرقة للغيبة طلاق بائن. قال عليش: "وبانت بكل طلاق حكم به، أوقعته الزوجة أو الحاكم"[2].

والسبب في كونه طلاقا بائنا؛ أن المراد رفع الضرر عن المرأة، وهو لا يرتفع إلا بالبينونة[3].

ب- القول الثاني: ذهب الحنابلة إلى أن الفرقة للغيبة فسخ[4].

قال صاحب معونة أولى النهى: "ولا يصح الفسخ في ذلك كله بلا حكم حاكم؛ فيفسخ بطلبها، أو تفسخ بأمره، يعني أن كل فسخ جاز للمرأة لأجل النفقة لم يجز إلا بحكم حاكم؛ لأنه فسخ مختلف فيه، فافتقر إلى حكم الحاكم، كالفسخ بالعنة؛ وإنما لم يجز الحكم إلا بطلبها، لأنه لحقِّها فلم يجز بغير طلبها، فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة له فيه"[5].

ورجح العثيمين هذا القول وقال: هذا هو الصحيح[6].

1- الموسوعة الفقهية الكويتية، 64/29.

2- تقريرات عليش بهامش حاشية الدسوقي، 351/2- 352.

3- الموسوعة الفقهية الكويتية، 64/29.

4- المغني، 247/11.

5- معونة أولي النهى، 183/10.

6- الشرح الممتع، 494/13.

وبعد هذا العرض للأقوال في نوع فرقة الغيبة، يظهر أن الراجح هو قول الحنابلة حيث يقع فسخا لا طلاقا[1]، كونه الأقرب إلى روح التشريع القائم على التيسير والمصلحة، ويبرز أثر هذا فيما لو أعاد الزوج زوجته بعد وقوع الفرقة.

فمن قال إنها فسخ -وهم الحنابلة- لم تحتسب طلقة، وهذا يعطي الزوج الغائب فرصة أكبر للرجوع إلى زوجته مرة أخرى؛ لأنه لو كان قد طلق امرأته تطليقتين ثم فرق القاضي بينهما للغيبة، ثم عاد الزوج وأراد أن يتزوجها فله ذلك، لاعتبار أن التفريق فسخ، وفي هذا حفاظ على بقاء الحياة الزوجية واستمرارها.

أما من قال إنه طلاق، فليس للزوج الغائب حق مراجعة زوجته حتى تنكح زوجا غيره؛ لأنه بالتفريق انتهى عدد التطليقات التي يملكها الزوج، وفي هذه الحال تُفَكَّك الأسرة، ويشرد الأولاد وما إلى ذلك من أمور ليست في صالح الزوجين.

1- من جملة الفروقات بين الطلاق والفسخ: أن الطلاق ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج؛ أما الفسخ فلا. والطلاق يكون من زواج صحيح، ويعتبر إنهاءاً له في الحال أو المآل، ولا يزول الحل إلا بعد البينونة الكبرى (الطلاق الثلاث)؛ أما الفسخ فهو نقض لعقد الزواج ظهر أن فيه خللا، أو طرأ عليه. والطلاق قد يكون رجعيا يحق للزوج فيه الرجعة خلال العدة؛ أما الفسخ فلا تحل معه المراجعة ولو أثناء العدة، وإنما تجوز العودة إلى الحياة الزوجية إذا زال العارض. والطلاق قبل الدخول أو الخلوة ينصِّف المهر، أو يوجب للمطلقة المتعة؛ أما الفسخ فإن غير المدخول بها لا تستحق شيئا، وتستحق بعد الدخول الأقل من المهر المسمى. الفقه الإسلامي وأدلته، 349/7. المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، محمد الشماع، دار القلم، دمشق -سوريا- ط1، (1995/1416)، ص155.

المطلب الثاني: حكم الفرقة للغيبة غير المنقطعة في قانون الأسرة الجزائري

لقد اعتبر قانون الأسرة الجزائري التطليق[1] الذي تطلبه الزوجة أحد الأسباب القانونية التي تنحل بها الرابطة الزوجية؛ إلا أن هذا الحق المشروع قانونا لا يقع إلا أمام المحكمة وعلى يد القضاء.

غير أن الأمر الأهم الذي يجدر التنبيه عليه هو أن القانون الجزائري، وإن كان قد فتح باب الخلاص للزوجة التي لم تجد راحتها في مواصلة الحياة الزوجية، فإنه لم يترك هذا الأمر مطلقا، بل حدَّد الحالات التي يجوز فيها طلب التطليق، وهاته الحالات نصت عليه المادة 53 من ق.أ.ج، ومنها التطليق للغيبة بدون عذر ولا نفقة .

1- التطليق: هو الذي يكون بحكم القاضي، قصد تمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج، أو إنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما كالضرر، وترك النفقة ،أو بدون طلب من أحدهما حفاظا على حق الشرع كارتداد أحد الزوجين.الفقه الإسلامي وأدلته.509/7.الموسوعة الفقهية الكويتية، 6/7-7.

والجدير بالملاحظة في هذا المقام أن هذا المصطلح يتداوله المتأخرون من الفقهاء فقط، ويفردونه بباب خاص في كتبهم تحت مسمى التطليق أو التفريق القضائي، أو الطلاق بحكم القاضي، أو الفرقة اللاإرادية؛ أما الفقهاء القدامى فيدرجونه تحت باب الطلاق، وفي مسائل الإعسار بالنفقة ، ونفقة الغائب، والقضاء على الغائب. كما أن القانونيين لم يخرجوا في تعريفهم للتطليق عن التعريف المذكور. أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، العربي بلحاج، ديوان المطبوعات الجامعية، (دط دت)، ص273. أما المشرع الجزائري فلم يخص التطليق بتعريف خاص، بل أدرجه ضمن مفهوم الطلاق من خلال المادة 48 من.ق.أ.ج، لكنه ركز في المادة 53 على تحديد أسبابه على سبيل الحصر.

الفرع الأول: التطليق للغيبة وشروطه

- أولا: حكم التطليق للغيبة.

لقد أحالت المادة 112 من ق.أ.ج على المادة 53 الفقرة الخامسة من نفس القانون على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الغيبة والتي جاء فيها "الزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون"[1].

من خلال هذا، يتبين أن المشرع الجزائري أعطى الحق للزوجة في طلب التطليق بسبب الغيبة، ويظهر هذا من خلال الحديث عنها وإفرادها بمادة، والتأكيد عليها في المادة 53 بشرط أن تتوافر شروط التطليق.

- ثانيا: شروط التطليق للغيبة.

- الشرط الأول: أن يغيب الزوج عن زوجته مدة سنة فأكثر، ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى القضائية ضده من طرف زوجته، وانتفاء عذر الغياب، أو الاستمرار فيه، ولا يهم ما إذا كانت الزوجة تعلم محل إقامة الزوج الغائب أو لا. وعليه، لو رفعت الزوجة الدعوى ضد زوجها الغائب قبل هذه المدة لا يعتد القاضي بطلبها[2].

- الشرط الثاني: أن يكون هذا الغياب دون عذر شرعي مقبول، كون الزوج في هذه الحال قد تعمد الإضرار بالزوجة، وهذا السبب كاف وحده لطلب التطليق أمام القضاء بغض النظر عن النفقة على الزوجة، فكان على المشرع أن يكتفي بالغيبة بدون عذر دون شرط الإنفاق[3]، فلو غاب الزوج عن زوجته لمدة أكثر من سنة لأجل العمل، أو سافر بقصد طلب العلم أو العمل، أو لأداء واجب الخدمة الوطنية، فلا يجوز لها -في هذه الحال- طلب التطليق؛ لأن هذا النوع

1- طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، عمر زودة، الموسوعة العلمية، (دت)، ص52.

2- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل-دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية- بن شويخ الرشيد،دار الخلدونية، ط1، (1429/ 2008)، ص202.

3- شرح قانون الأسرة المعدل، 202. الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، مكتبة دار الثقافة، (دط دت)، ص243.

من الغياب له ما يبرره، فعلى المرأة أن تتحمل قسطا من أعباء الحياة ما دام الأمر يعود بالنفع على الأسرة[1].

وهناك حالات يمكن اعتبارها ضمن العذر المقبول، كتدهور العلاقات الدولية بين الدولة التي يقيم فيها الزوج الغائب، ودولة موطنه الأصلي بسبب نزاع على الحدود، أو بسبب موقف سياسي، وما يترتب على ذلك من قطع العلاقات السياسية والاقتصادية، وهذا ما شهدته الكثير من دول الجوار بسبب تغيير شعوبها لأنظمة حكمها، وما ترتب عن ذلك من مواقف سياسية، فهذه أمور خارجة عن إرادة الزوج فلا يحاسب على هذا الغياب.

– **الشرط الثالث**: ألا يترك الزوج الغائب لزوجته مالا تنفقه على نفسها، وعلى أولادها مدة سنة كاملة؛ لأن الإنفاق شرط احتباس الزوج لزوجته، ونيته في الإبقاء عليها تحت عصمته. وعليه، فلو ترك الزوج الغائب لزوجته مالا تنفقه على نفسها وأولادها، لا يجوز لها طلب التطليق[2] تطبيقا لنص المادة 53 /5 من ق.أ.ج .

إن حالة الغياب مع ترك النفقة تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، حيث يتأكد فيها من أن هناك إهمالا عائليا من طرف الزوج الغائب بالطرق والوسائل الممكنة والمتاحة، وعلى هذا فلو أن الزوج الغائب لم يتمكن من معرفة عنوان الزوجة، أو رقم بريدها الجاري، فلا يعد هذا من الإهمال العائلي.

لكن الذي يقال عن هذا الشرط، هل من حقوق الزوجة الغائب عنها زوجها حق النفقة فقط؟ الجواب طبعا لا. وعلى هذا فلو غاب الزوج عن زوجته مدة أطول وترك لها نفقة أليس من الممكن وقوعها في المحرم؟ الجواب نعم. وعلى هذا فحق الاستمتاع هو من أعظم الحقوق الزوجية، بل أولى من النفقة أحيانا كأن تكون المرأة عاملة مثلا، أو بإمكانها البحث عن عمل، ومن هذا يمكن القول بأن مجرد الغياب بدون عذر مقبول كاف وحده في طلب التطليق؛ وهذا ما يظهر جليا من خلال الحكم الذي سأورده بعد ذكر شروط طلب التطليق.

1- طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية، 52.

2- المرجع نفسه، 53.

كما أن المشرع الجزائري لم يفرق في هذا الشرط بين حالتين هما: حالة عدم ترك النفقة مع القدرة عليها، والذي يعني الامتناع عمدا قصد الإضرار، وحالة عدم ترك النفقة مع العجز عن ذلك بسبب البطالة، أو عجز الزوج جسديا.

قال عبد العزيز سعد معلقا على نص المادة 5/53 والتي تناولت شروط طلب التطليق: "غير أن ما يمكن أن نلاحظه هو أنه لا ينبغي أن تختلط علينا أحكام هذا النص مع أحكام المادة 112 من هذا القانون، والمتعلقة بوضعية الغائب والمفقود؛ لأن طلب التطليق استنادا إلى الفقرة الخامسة سببه معاقبة الزوج عن فعل الإضرار بزوجته، بينما التطليق استنادا إلى المادة 112 سببه دفع الضرر عن الزوجة وليس حمايتها من الإضرار بها، وهذا يبين لنا مدى ما بينهما من اختلاف في السبب رغم ما يوجد بينهما من اتحاد في النتيجة وتوحيد الإجراء"[1].

انطلاقا من هذا يمكن القول إن غياب شرط واحد من هذه الشروط يؤدي إلى عدم استجابة القاضي لطلب الزوجة على حسب نص المادة.

لكن في تقديري -والله اعلم- إن اجتماع جميع هذه الشروط الثلاثة كاملة قليلا ما يتحقق، وبهذا يكون المشرع قد شدَّد في هذا الأمر، ولعل هذا التشديد هدفه الحفاظ على وحدة العائلة من التفكك، والتضييق من دائرة طلب التطليق الذي تزايدت نِسبته، وبخاصة التطليق للضرر.

والجدير بالملاحظة والطرح في ظل النصوص القانونية التي عالجت الغائب والمفقود، هل غيبة الأسير الذي طالت مدة أسره، والمسلم المعتقل بسبب عن دفاعه دينه وقضايا أمته، والذي طالت مدة محاكمته، والمنفي خارج بلده لأسباب سياسية، والمقيم إقامة جبرية تُعَد غيبة في نظر هذا النص القانوني؟ وبالتالي يحكم بالتطليق للزوجة إذا طلبت ذلك.

فأسير الحرب والمعتقل لأسباب تتعلق بخطورته عند أصحاب هذا الرأي يأخذ حكم الغائب إذا امتد اعتقاله أكثر من سنة؛ لأن المناط تضرر الزوجة من بُعد زوجها.

1- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، عبد العزيز سعد، دار البعث، ط1، (دت)، ص269.

وللإجابة على ذلك يقول محمد كمال الدين إمام: "ومع تقديرنا لهذا الرأي، إلا أن النص لا يساعد عليه، والرأي عندي أن النص بمفهومه ومنطوقه يتحدث عن الغيبة الاختيارية ويجعلها موجبا للتطليق، فمناطها قصد الإضرار؛ ذلك أنه لا يمكن التسوية في الحكم بين الأسير الذي أُلقي به إلى هذا المصير دفاعا عن وطنه، والمسافر بلا عذر استهتارا بحقوق الزوجة،"[1].

أما المعتقل فيلحق بالغائب صاحب العذر المقبول؛ كون الاعتقال صار من التدابير الأمنية، خاصة في ظل قانون الطوارئ المفروض في الكثير من البلدان العربية والإسلامية[2].

هذا وبعد الملاحظة في الشروط السابقة التي اشترطها المشرع الجزائري للتطليق للغيبة مقارنة بما ورد في الفقه الإسلامي نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي المالكية والحنابلة في منح الزوجة طلب التطليق، وبه أخذت الكثير من التشريعات العربية[3].

أما اشتراط المشرع الجزائري في مدة الغياب أن تكون سنة فأكثر فقد أخذ بمذهب مالك، لكنه لم يبين نوع السنة التي يأخذ بها؛ هل السنة الهجرية، أم الميلادية؟ لكن الذي يظهر لي هو أن المراد بالسنة هي السنة الهجرية كونها الأصل في التقدير الإسلامي.

كما أن المشرع الجزائري قد ألحق صورة الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته والذي نصت عليه المادة 110 من ق.أ.ج بالمفقود، حيث لا يحق لزوجته طلب التطليق إلا بعد مضي أربع سنوات غير قوي، ذلك لأن الغائب في هذه الحالة وإن منعته ظروف قاهرة من العودة إلى محل إقامته، فإنه معلوم المكان والحال ويمكن الاتصال به والإطلاع على حاله، وذلك بمعرفة السبب الذي حال دون رجوعه عكس المفقود -والله اعلم-.

1- الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، محمد كمال الدين إمام، الدار الجامعية، (دط دت)، ص271-272.

2- المرجع السابق،272.

3 - ومن هذه القوانيين مثلا القانون السوري؛ قال مصطفى السباعي: " إن مذهب مالك -رحمه الله- هو المصدر الذي استقى منه القانون حكم التفريق للغيبة". شرح قانون الأحوال الشخصية، مصطفى السباعي، المكتب الإسلامي، (1414/ 1997)، ص238.

وبعد هذا العرض لحكم الغيبة وشروط إيقاعها في التشريع الجزائري، هل القضاء الجزائري عند حكمه في قضية متعلقة بالغيبة استوفى جميع الشروط التي اشترطها المشرع؟ هذا ما سنبينه في هذا الحكم الصادر.

بيان وقائع الدعوى[1].

بموجب عريضة افتتاحية مودعة لدى أمانة الضبط، قسم شؤون الأسرة لمحكمة وهران بتاريخ 2009/10/20، تحت رقم 5551، أقامت المدعية م.ط المباشرة للخصام بواسطة القائم في حقه الأستاذ ر.م ضد المدعى عليه م.م، المباشر للخصام بواسطة القائم في حقه الأستاذ ز.ع بحضور النيابة العامة شرح فيها :

- أنهما متزوجان بموجب عقد زواج رسمي مؤرخ في1996/01/16 تحت رقم 190، وأنها تعاني برفقة ولديها غياب الزوج عنهم بعد توجهه إلى فرنسا دون الاكتراث بهم، لذلك فهي تلتمس الحكم بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، وتمكينها من مبلغ 15000 د.ج تعويضا عن الطلاق، ومبلغ 60000 د.ج نفقة العدة، ومبلغ 6000 د.ج نفقة إهمال، وإلزامه بالإنفاق على ولديه بمبلغ 4000د.ج شهريا وتمكينها من الأغراض التالية..................

وأجاب المدعى عليه بواسطة الأستاذ ز.ع وملخص ما أبداه: أن سبب هجرته كان يقصد من ورائه تحسين مستواه المعيشي وتعذر عليه الرجوع لعدم تسوية وضعيته الإدارية، وأن والدته هي التي تتكفل بالإنفاق على الزوجة والطفلين، لذلك فهو يلتمس في الأصل رفض طلب التطليق لعدم التأسيس، واحتياطيا الحكم بالتطليق دون تحميله مسؤوليته، وتخفيض المبالغ المطالب بها إلى حد المعقول، وأبدى استعداده لتسليم الأغراض.

وتم إحالة الملف على النيابة العامة للإطلاع عليه، ثم أدرجت القضية في النظر طبقا للقانون.

وعليه فإن المحكمة.

- بعد الإطلاع على عريضة افتتاح الدعوى والعرائض الجوابية.

1- حكم صادر عن مجلس قضاء وهران، محكمة سيد البشير، قسم شؤون الأسرة، رقم الجدول09/5551، رقم الفهرس 1316 /10، تاريخ الحكم 10/02/25.

- بعد الاطلاع على أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا سيما المواد 419، 424، 423، 26 ،25، 15، 14، 13 ،11، 7، 3.

- بعد الإطلاع على أحكام الأسرة، لا سيما المواد 87، 80، 79، 74، 64، 62، 58، 53، 52، 48،49، 47، 3 مكرر.

- بعد الاطلاع على التماسات النيابة العامة.

- بعد النظر وفقا للقانون.

في الموضوع:

- حيث إن المدعية تتمسك بالتطليق.

- حيث إن المدعى عليه التمس رفض التطليق، وفي حالة الحكم بالتطليق عدم تحميله مسؤولية ذلك.

- حيث إن ممثل النيابة العامة التمس تطبيق القانون.

- حيث إن جوهر التراع ينصب حول فك الرابطة الزوجية بالتطليق طبقا لنص المادة 53 من ق.أ.ج.

- حيث ثبت للمحكمة أن طرفي التراع يربطهما عقد رسمي مسجل أمام ضابط الحالة المدنية بتاريخ 1996/01/16 تحت رقم 190 ولديهما طفلين.

- عن طلب المدعية فك الرابطة الزوجية بين الطرفين.

- حيث إن المادة 53 من ق.أ.ج نصت أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة توفر على الأقل واحدة من الحالات التي عددها.

- حيث إن المدعى عليه أقر بأن مدة **غيابه** عن زوجته وأهله دامت لعدة سنوات، ويرجع السبب على ظرفه الصعب في دار المهجر؛ إلا أن هذا الوضع قد ألحق ضررا بالمدعية، لذلك تعين الاستجابة لطلبها في التطليق.

لهذه الأسباب.

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا حضوريا ابتدائيا نهائيا فيما يخص فك الرابطة الزوجية وابتدائيا فيما عداه.

- **فك الرابطة الزوجية** بين المسمى م.م المولود بتاريخ........والمسماة م.ط المولودة بتاريخ......

- تحليل الحكم .

من خلال الحكم الصادر في قضية الحال، يتبين أن المحكمة المختصة طبقت جميع الإجراءات القانونية المتعلقة بطلب التطليق من طرف الزوجة، وبخاصة التركيز على المادة 53 من ق.أ.ج.

كما أن المحكمة راعت الضرر الذي لحق بالزوجة جراء الغيبة، رغم أن الزوج الغائب من خلال الحيثيات لم يرد فك الرابطة الزوجية؛ كما أن المحكمة اعتبرت العذر الذي تحجج به الزوج الغائب؛ والمتمثل في الظروف الصعبة التي يمر بها في دار المهجر عذرا غير مشروع، يحق بناء عليه للزوجة طلب التطليق.

وكخلاصة، فإن الحكم الصادر في قضية الحال تضمن جميع الشروط لطلب التطليق والمتمثلة في:

- الغياب أكثر من سنة .

- ترك الإنفاق -الإهمال العائلي-.

- العذر غير المشروع للغيبة، والمتمثل في الظروف الصعبة التي يمر بها الزوج الغائب في دار المهجر.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحكم الصادر في دعوى التطليق للغيبة

بالعودة إلى نص المادة 53 من ق.أ.ج و التي تناولت الحالات التي يمكن فيها للزوجة طلب التطليق، نجدها قد اكتفت بذكر وحصر الحالات التي يمكن من خلالها طلب التطليق، و لم تُشِر إلى الطبيعة القانونية للأحكام الصادرة في دعوى التطليق، لكن وبالرجوع إلى نص المادة 222 من ق.أ.ج والتي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حال عدم وجود نص قانوني بقولها: " كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وعلى هذا يكون التطليق بسبب الغيبة طلاقا بائنا موافقة لما جاء في الفقه المالكي[1]، كونه المذهب المعتمد في الجزائر.

يقول عبد العزيز سعد في هذا الشأن معقبا: بالتأمل، فإن هذه الفرقة تدخل تحت نظام الفسخ؛ لأنها لم تكن نتيجة استعمال الزوج لحقه الإرادي[2]، وأظنه الأنسب نظرا لما ذكرناه سابقا عند تناولنا للفرقة في الفقه الإسلامي[3]، زد على ذلك أن المشرع الجزائري لم يلتزم بالمذهب المالكي في بعض المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية.

الفرع الثالث: أثر الحكم بالفرقة للغيبة غير المنقطعة

والمراد بالأثر هنا العِدَّة التي تختلف باختلاف الفرقة إن كانت قبل الدخول أو بعده، وكذا النساء المعتدات.

فالعدة إما أن تكون بالأقراء، أو بالوضع، أو بالأشهر، وبيانها كالتالي.

1- طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية، 52.

2- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، 270.

3- تراجع الصفحة 68 من البحث.

– إذا كانت الفرقة قبل الدخول فلا عدة على المرأة، لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[1].

– إذا كانت الفرقة بعد الدخول، فإن عدة المرأة تختلف باختلاف حالها:

• إذا كانت المرأة من ذوات الحيض، فعدتها ثلاثة قروء لقول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[2].

• إذا كانت المرأة آيسا أو صغيرة، فعدتها ثلاثة أشهر لقول الله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾[3].

• إذا كانت المرأة حاملا، فعدتها وضع الحمل لقول الله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾[4].

1- الأحزاب 49.

2- البقرة 228.

3- الطلاق 04.

4- الطلاق 04.

المبحث الثاني

الفرقة للغيبة المنقطعة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

من خلال ما ذكرناه في المبحث الأول، من أن الإسلام –ومن ورائه قانون الأسرة الجزائري– قد أعطى للمرأة طريقا وجعل لها سبيلا للخلاص من حياة زوجية تعسر استمرارها بسبب الغيبة، وهو ما تم ترجيحه، فهل أعطى الإسلام نفس هذا الحق في غيبة أعظم من الغيبة الأولى والمتمثلة في المنقطعة (الفقد)؟ وهل وردت نصوص شرعية في هذا الشأن، وهل وافق قانون الأسرة الجزائري ما ورد في النظام الإسلامي؟ كل هذا سيتم بيانه في مطلبين هما:

المطلب الأول: حكم الفرقة للغيبة المنقطعة (الفقد) في الفقه الاإسلامي

المطلب الثاني: حكم الفرقة للغيبة المنقطعة في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: حكم الفرقة للغيبة المنقطعة (الفقد) في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء المذاهب في حكم الفرقة بين الزوجين للغيبة المنقطعة، فمنهم من ذهب إلى عدم الجواز حتى يأتي بيانٌ عن حياة الزوج، ومنهم من أجاز التفريق دفعا للضرر عن الزوجة، وهذه بعض أقوالهم.

– **أولا: مذهب الحنفية**: ذهب الحنفية إلى أن التفريق للغيبة المنقطعة لا يجوز، حتى يأتي بيان لحال حياته، أو يحكم القاضي بالموت بعد مرور زمن يغلب على الظن موته، ومن أقوالهم:

قال السرخسي: امرأة المفقود امرأة ابتليت فلتصبر حتى يظهر موت أو طلاق[1].

وقال ابن الهمام: لا يفرق بينه وبين امرأته[2].

– **ثانيا: مذهب المالكية**: إن الفرقة عند المالكية للغيبة المنقطعة يختلف باختلاف الأحوال التي يُفقد فيها الزوج:

– **الحالة الأولى**: مفقود لا يعرف موضعه، فهذا يكشف عنه الإمام، ثم يضرب له بعد الكشف أربع سنين، ثم تعتد زوجته عدة الوفاة، ومثاله كمن يخرج للتجارة وغيرها.

– **الحالة الثانية**: مفقود في صف المسلمين في قتال العدو، فهذا لا تنكح زوجته أبدا، وتوقفُ هي وماله حتى يأتي ما لا يجئ إلى مثله.

– **الحالة الثالثة**: مفقود في فتن المسلمين بينهم، فهذا لا يضرب له أجل، وإنما يَتَلَوَّم له الإمام لزوجته باجتهاده بقدر ما يرى انصراف من انصرف، وانهزام من انهزم، ثم تعتد زوجته عدة الوفاة.

– **الحالة الرابعة**: الأسير الذي تُعرف حياته وقتا ثم ينقطع خبره، فلا يعرف له موت ولا حياة، فهذا لا يفرق بينه وبين امرأته، ويبقى للتعمير[3].

1- المبسوط، 35/11.

2- شرح فتح القدير، 6،136.

3- الاستذكار، 32/17. النوادر والزيادات، 245/5.

والخلاف في أصناف المفقودين عن مالك وأصحابه كثير. قال ابن رشد: وهذه الأقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع، والمعروف بالقياس المرسل[1].

كما اختلف المالكية في سن التعمير. قال ابن عبد البر: التعمير بين السبعين والثمانين وهذا أعدل الأقوال[2].

– **ثالثا: مذهب الشافعية:** قال الشافعي: في امرأة الغائب أيَّ غيبة كانت لا تعتد، ولا تنكح أبدا حتى يأتيها يقين وفاته[3]. لكن المنقول عن الشافعي قولان:

– **الأول:** قوله في القديم أن زوجته تتربص أربع سنين، ثم تعتد عدة الوفاة، ثم تتزوج إن شاءت.

– **الثاني:** قوله في الجديد أن ليس لزوجته فسخ النكاح، بل تصبر حتى تتيقن موت زوجها، وهو الصحيح في المذهب[4].

– **رابعا: مذهب الحنابلة:** ذكر الحنابلة للمفقود حالتين:

– **الحالة الأولى:** أن يكون ظاهر غيبته السلامة، كالسفر للتجارة، وطلب العلم، والسياحة، فلا تزول الزوجية ما لم يثبت يقين وفاته.

– **الحالة الثانية:** أن يكون ظاهر غيبته الهلاك، كالذي يفقد في القتال، أو ينكسر به المركب فيغرق، فظاهر المذهب أن زوجته تتربص أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا[5].

قال صاحب الإنصاف: هذا المذهب[6].

1- بداية المجتهد، 2/52-53.

2- الكافي، 261.

3- مختصر المزني في فروع الشافعية، أبو إبراهيم إسماعيل بن يحي بن إسماعيل المزني، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، (1419/1998)، ص297.

4- البيان، 11/44-45. المهذب، 3/124. المجموع، 19/442.

5- المغني، 11/247-248.

6- الإنصاف، 7/315-316.

- **خامسا: مذهب الظاهرية**: مذهب الظاهرية هو مذهب الحنفية والشافعية في القول الجديد.

قال ابن حزم: ومن فقد فعرف موضعه أو لم يعرف، وله زوجة أو أم ولد، وأمة ومال لم يفسخ نكاح امرأته أبدا، وهي امرأته حتى يصح موته، أو تموت هي[1].

من خلال ذكر الأقوال السابقة في حكم الفرقة بين الزوجين بسبب الغيبة المنقطعة (الفقد)، تبين أنهم انقسموا إلى فريقين، حيث استدل كل فريق فيما ذهب إليه بأدلة من المنقول والمعقول.

الفرع الأول: القائلون بجواز الفرقة وأدلتهم

ذهب المالكية، والشافعية في القول القديم عندهم، والحنابلة إلى جواز الفرقة بسبب الفقد[2]، وهو قول عمر بن الخطاب ، وعثمان، وروي عن علي ذلك، وابن عباس، وابن الزبير، وبه قال عطاء، وعمر بن عبد العزيز، والحسن، والزهري، وقتادة، والليث[3]. واستدلوا لذلك بأدلة من المنقول والمعقول:

- **أولا: من المنقول:**

الدليل الأول: عن عبد الرحمان بن أبي ليلى أن رجلا من قومه من الأنصار خرج يصلي مع قومه العشاء، فسبته الجن، فانطلقت امرأته إلى عمر-رضي الله عنه- فقصت عليه القصة، فسأل عنه عمر قومه فقالوا: نعم خرج يصلي العشاء ففقد، فأمرها أن تتربص أربع سنين، فلما مضت الأربع سنين أتته فأخبرته، فسأل قومها، فقالوا: نعم، فأمرها أن تتزوج فتزوجت، فجاء زوجها يخاصم في ذلك إلى عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-، فقال عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-: يغيب أحدكم الزمان الطويل لا يعلم أهله حياته؟ فقال له: إن لي عذرا يا أمير المؤمنين. فقال: وما عذرك؟ قال: خرجت أصلي العشاء، فسبتني الجن، فلبثت فيهم زمانا طويلا، فغزاهم جن مؤمنون -أو قال مسلمون- شك سعيد، فقاتلوهم فظهروا عليهم، فسبوا منهم سبايا،

1- المحلى، 10/133-134.

2- تمت الإشارة إلى مصادر كل مذهب في الصفحة 81-82 من البحث.

3- المغني،11/249.

فسبوني فيما سبوا منهم، فقالوا: نراك رجلا مسلما، ولا يحل لنا سبيك، فخيروني بين المقام وبين القفول إلى أهلي، فاخترت القفول إلى أهلي، فأقبلوا معي، أما الليل فليس يحدثوني، وأما بالنهار فعصار ريح أتبعها، فقال له عمر –رضي الله عنه– فما كان طعامك؟ قال: الفول وما لم يذكر اسم الله عليه. قال: فما كان شرابك فيهم؟ قال: الجدف، قال قتادة: والجدف ما لا يخمر من الشراب، قال: فخيره عمر –رضي الله عنه– بين الصداق وبين امرأته[1].

قال أحمد: يروى عن عمر–رضي الله عنه– من ثلاثة أوجه، و لم يعرف له مخالف من الصحابة[2].

الدليل الثاني: عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل[3].

الدليل الثالث: إجماع الصحابة على أن يضرب للمفقود أجل أربع سنين، و لم يعرف لهم مخالف[4]، وروي عن خلق كثير من التابعين كعطاء، والزهري، ومكحول[5].

1- أخرجه الدارقطني، كتاب النكاح، باب العنين، الحديث رقم3747، 482/4. والبيهقي، كتاب العدد، باب من قال بتخيير المفقود إذا قدم بينها وبين الصداق ومن أنكره، الحديث رقم15570، 733/7. وعبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، الحديث رقم7،87/12322. وابن أبي شيبة، كتاب النكاح، باب116 في المفقود يجئ وقد تزوجت امرأته، الحديث رقم 16985، ج9، ص210. وسعيد بن منصور في سننه،كتاب الطلاق، باب الحكم في امرأة المفقود، الحديث رقم 1755، 401/1. وذكر الزيلعي طرقه. نصب الراية، 472/3. وقال ابن حجر: "وهذا منقطع". موسوعة الحافظ ابن حجر العسقلاني، وليد بن أحمد الحسين الزبيري، سلسلة إصدارات الحكمة، ط2، (2002/1422)، ج5، ص140. وصححه الألباني، قال: "وإسناده من طريق قتادة والجريري صحيح، وأما طريق مطر وهو الوراق فإنه ضعيف". الإرواء، 151/6.

2- المغني، 228/11.

3- أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب عدة التي تفقد زوجها، ص352. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب العدد، باب من قال تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشرا ثم تحل، الحديث رقم15566، 732/7. وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب التي تعلم لا تعلم مهلك زوجها، الحديث رقم12317، 88/7. وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، باب رقم115 من قال تعتد وتزوج ولا تربص، الحديث رقم16983، 210/9. وذكر طرقه ابن عبد البر في الاستذكار، 303/17. وصحح أسانيده الحافظ ابن حجر في الفتح، 429/9. وقال صاحب البدر المنير: "هذا الأثر صحيح"، 228/8.

4- الإشراف، 800/2.

5- الفتح، 429/9.

والحكم على المفقود بخلاف هذا خرق للإجماع[1].

الدليل الرابع: عن عائشة ـ رضي الله عنها- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "لا ضرر ولا ضرار"[2]. فمن قواعد التشريع الإسلامي إزالة الضرر، ودفعه وإزالته عن الزوجة يكون بتمكينها من طلب الفرقة بمدة معقولة[3].

- ثانيا: من المعقول.

الدليل الأول: القياس؛ وذلك بتشبيه الضرر اللاحق بها من غيبته بالإيلاء والعنة، فيكون لها الخيار كما يكون في هذين[4] بل أشد، ويكون الحكم بالفرقة أولى[5]، لأن للمرأة حقا على زوجها[6].

وناقش المخالفون هذا وقالوا: إن قياس الفقد على العنة لا يصح؛ لأن الغيبة في الغالب تعقبها رجعة، والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة، فعود المفقود أرجى من زوال العنة بعد مضي سنة، فلا يلزم أن يشرع فيه ما شرع فيها[7]، وكذا التفريق لأجل الإيلاء والعنة لأجل دفع دفع ظلم تعليق الزوجة، ولا يتحقق هذا في الفقد، لأنها امرأة ابتليت، ولو شاء الله لابتلاها بأشد من هذا[8].

الدليل الثاني: إن غياب الزوج عن أهله على هذا الوجه، يغلب على الظن هلاكه، إذ لو كان حيا لم ينقطع خبره إلى هذه المدة، لذلك حكم بموته في الظاهر[9].

1- المقدمات، ابن رشد، دار صادر، بيروت-لبنان، (دط دت)، ج2، ص407.

2- سبق تخريجه، ص57.

3- المفصل، 465/8.

4- بداية المجتهد، 52/2.

5- الإشراف، 800/2.

6- المنتقى للباجي، 359/5.

7- شرح فتح القدير، 138/6.

8- المبسوط، 35/11. تبيين الحقائق، 312/3.

9- معونة أولي النهى، 228/8.

الفرع الثاني: المانعون للتفريق وأدلتهم

ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية إلى منع الفرقة بين الزوجين بسبب الغيبة المنقطعة (الفقد)[1]، وهو مذهب علي بن أبي طالب، والثوري، والشعبي، وابن أبي ليلى، وابن شُبرُمة[2]، واستدلوا لقولهم بأدلة من المنقول والمعقول.

- أولا:من المنقول.

الدليل الأول: عن المغيرة بن شعبة -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم: "امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته"[3].

الدليل الثاني: ما روي عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- في امرأة المفقود"هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق"[4].

الدليل الثالث: عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- قال: "تتربص حتى تعلم أحي هو أو ميت"[5].

وردَّ المخالفون على الاستدلال بقول علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- وقالوا: ما روي عن علي فيرويه الحكم وحماد مرسلا، ويحمل حديثه على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة جمعا بين الدليلين[6].

الدليل الرابع: ما روي عن عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- أنه وافق عليا أنها تنتظر أبدا[7].

أبدا[7].

---

1 - تمت الإشارة إلى مصادر كل مذهب في الصفحة81-82-83.

2- المحلى، 139/10.

3- سبق تخريجه، ص60 من البحث.

4- سبق تخريجه، ص60 من البحث.

5- سبق تخريجه، ص60 من البحث.

6- المغني،251/11.

7- المصنف لعبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، الحديث رقم12333، 91/7. وذكره الزيلعي في نصب الراية. 473/3.

الدليل الخامس: إن مسألة المفقود مختلف فيها بين كبار الصحابة، والحديث المروي عن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– في امرأة المفقود ضعيف من جهة محمد بن شرحبيل يصلح مرجِحا، لا مثبتا بالأصالة، وما ذكر من موافقة ابن مسعود عليا مرجح آخر[1].

– ثانيا: من المعقول.

الدليل الأول: استصحاب حال المفقود عند فقده، فالنكاح عرف ثبوته، والغيبة لا توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتمال، فلا يزال النكاح بالشك[2].

الدليل الثاني: من القواعد الفقهية المقررة لهذا "اليقين لا يزال بالشك"[3]، وتطبيقها أنه لا يزال الثابت باليقين الذي هو النكاح بالاحتمال الذي هو الحكم على المفقود بالموت.

وردَّ المخالفون على هذا وقالوا: الشك ما تساوى فيه الأمران، والظاهر هلاك المفقود[4].

المفقود[4].

الدليل الثالث: النكاح حق للزوج، لذا وجب إبقاء حقه، ولو مكنا زوجته من النكاح، حكمنا على المفقود بالموت ضرورة، وبهذا تصير المرأة لزوجين في حالة واحدة[5]، وكذا تدمير لأسرة المفقود بعد أن كانت أسرة مستقرة.

لكن الذي يقال على هذا الاستدلال أن المرأة لا تحل للغير إلا بعد الحكم بموت زوجها المفقود، وبعد انقضاء عدتها من الأول.

الدليل الرابع: لو غابت الزوجة وخفي خبرها، لا يجوز الحكم بموتها في إباحة أختها لزوجها[6].

لزوجها[6].

1- شرح فتح القدير، 138/6.
2- البناية في شرح الهداية، 816/6. شرح فتح القدير، 138/6.
3- غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، زين العابدين إبراهيم الشهير بابن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان- ط1، (1405/1985)، ج1، ص193.
4- المغني، 251/11.
5- المبسوط، 35/11.
6- الحاوي، 317/11.

إن مسألة الحكم بموت المفقود مسألة تكاد تكون محل اتفاق عند جميع الفقهاء، حتى عند الذين لا يرون التفريق للغيبة بنوعيها، وإن اختلفوا في المدة التي يحكم فيها على المفقود بالموت، وعلى هذا يمكن القول على هذا الاستدلال بأن أخت الزوجة الغائبة تحل لزوج أختها بعد الحكم على أختها المفقودة بالموت - والله اعلم-.

بعد هذا العرض لأقوال الفقهاء واستدلالاتهم النقلية والعقلية ومناقشتها، يمكن القول بأن الرأي الراجح في المسألة هو رأي المالكية والحنابلة القائلين بجواز الفرقة، ويرجع هذا إلى ما يلي:

1- إن المطلوب من الزوج إمساك الزوجة بمعروف أو التسريح بإحسان، فالفقد يفوِّت الإمساك بمعروف، فيتعين التسريح بإحسان، وهذا يتماشى مع النصوص الشرعية التي تم الاستدلال بها.

2- ثبت أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قضى بالتفريق بين المرأة وزوجها المفقود، ووافقه في ذلك الكثير من الصحابة، فكان كالإجماع.

3- إن احتجاج المانعين للتفريق بما روي عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- أحاديث متكلم فيها، والمسند من الأحاديث الواردة هو الموافق لقول عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-.

4- إن احتجاج المانعين للتفريق بعمومات أحكام النكاح مثل وجوب النفقة، وكذا إيجاب العدة ممن لم يصح موته أو طلاقه، وأنها أحكام تشمل الحاضرين والغائبين، يرد عليهم بأنها عامة، والعام ليس قطعيا بل ظني، ثم إن هذه الأخيرة مخصصة بأنواع التفريق؛ كالتفريق بسبب الفقد، والإعسار بالنفقة، والضرر[1].

5- إن مسألة المفقود مسألة اجتهادية لم يرد فيها نص قطعي خال من الاعتراض، لكن بالنظر إلى عمومات الشريعة الإسلامية نجد أن القائلين بجواز الفرقة بسبب الغيبة المنقطعة يوافق نصوصا كثيرة داعية إلى رفع الضرر عن الزوجة وإزالته أيا كان، لأن مبرر التفريق هو تحقق تضرر الزوجة من هذه الغيبة.

---

1 - المفصل، 454/8.

6- إن من أهم مقاصد التشريع الإسلامي جلب المصالح ودفع المفاسد، وعلى هذا فالقول بالفرقة بين الزوجين يتلاءم مع هذا المقصد، فإن المرأة تقدر حالها ووضعها وليس أحد أعلم من المرء بنفسه، فإذا أحست المرأة من بقائها دون زوج سيعرضها للفتنة لها أن تطلب حل رباط الزوجية بسبب الفقد.

7- القول بالفرقة بين الزوجين يناسب عصرنا الذي كثرت فيه حالات الفقد، بسبب الهجرة غير الشرعية نحو الضفة الأخرى وما ترتب عليه من أعداد هائلة للمفقودين، وكذا الفتن الداخلية التي حصلت وما زالت تحصل في بعض البلدان العربية.

8- ازدياد أسباب الانحراف والفساد الأخلاقي الذي شاع في مجتمعاتنا العربية والإسلامية، نتيجة الغزو الثقافي الرهيب الذي دأب على إشاعة الفاحشة بجميع أشكالها وصورها؛ لذا فالتعجيل بالحكم على المفقود ومنح الزوجة فرصة للارتباط يحول دون وقوع المرأة في الفساد الأخلاقي وبخاصة الصغيرة.

9- إن السياسة الشرعية للعباد بتصريف شؤون حياتهم وفق القواعد العامة للشريعة الإسلامية هي من أهم مسؤوليات الحاكم المسلم، أو من ينوب عنه في تصريف شؤون العباد، وهذه المسألة بالذات وقعت في زمن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه – فاجتهد فيها وذلك بإمهال الزوج أربعة أعوام ثم التفريق بينه وبين زوجته؛ فهذه المسألة من مسائل السياسة الشرعية التي تُرك للحاكم الفصل فيها، والاجتهاد في حلها بما فيه من مصلحة للمسلمين[1].

10- مما ينبغي الإشارة إليه في هذا الشأن، ولعله المناسب لعصرنا الحالي، أن تكون مدة الحكم على المفقود وانتظار الزوجة له بحسب اجتهاد القاضي، بالنظر إلى حال الشخص عند فقده، والظروف المحيطة بالفقد، والوضع الذي فقد فيه، ولعل الصحابة راعوا هذه المسألة حينما أفتوا بتربص المرأة أربع سنين[2]؛ وإذا كان احتمال هلاكه أقوى تكون مدة الانتظار أقصر نظرا لتوفر

1- موقع "ملتقى أهل الحديث"، أحكام زوجة المفقود، أبو أحمد الصافوطي، تاريخ آخر زيارة: 27/ 09/ 2012.

2- شرح عمدة الفقه، عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، مكتبة الرشد، ط2، 1429، ج3، ص1448.

وسائل البحث والاتصال[1]؛ لأن الآثار الواردة عن الصحابة قضايا أعيان اقتضى الحال فيها أن يقدروا هذا التقدير، وقضايا الأعيان لا تقتضي العموم[2].

من خلال ما ذكرناه في الفرع الثاني من أن الحنفية، والشافعية والظاهرية يمنعون الفرقة بسبب الفقد، نظرا لتغليب حياة المفقود على موته من ثم بقاء زوجته تحت عصمته، لكن إلى متى يبقي المفقود حيا؟ لذا فإن الحكم بوفاة المفقود مسألة بالغة الأهمية؛ لأن للحي أحكاما، وللميت أحكاما أخرى خاصة به، فكان من الضروري معرفة متى يعتبر المفقود ميتا حتى يأخذ أحكام الأموات، لذا سيتم الإجابة عن هذا السؤال من خلال هذا الفرع.

الفرع الثالث: الحكم بوفاة الغائب غيبة منقطعة (المفقود)

اختلف الفقهاء في المدة التي يحكم فيها بموت المفقود حتى يأخذ أحكام الأموات إلى أقوال عِدَّة:

- أولا: قول الحنفية:

العبارة المشهورة عند الحنفية قولهم: "إن المفقود حي في حق نفسه، ميت في حق غيره"[3]، ومعنى هذه العبارة أن المفقود تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له؛ فلا يقسم ماله على ورثته، ولا تبين منه زوجته، كأنه لا يزال على قيد الحياة، وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له، فلا يرث أحدا كأنه ميت[4].

لكن السؤال الذي لا بد من طرحه: إلى متى يستمر بقاء المفقود على هذه الحال؟ بل لا بد من وقت يحكم بموته، فتبين منه زوجته ويقسم ماله.

1- المفصل، 466/8.
2- الشرح الممتع على زاد المستقنع، 372/13.
3- المبسوط، 34/11.
4- بدائع الصنائع، 197/6.

تعددت أقوال الحنفية في المدة التي يحكم فيها على المفقود بالموت؛ فقيل بموت الأقران، وهو ظاهر المذهب[1]، واختلفوا هل أقرانه من بلده، أم من جميع البلدان؟ ورُجِح أقرانه من أهل بلده[2]، وقيل إذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد، كونه لا يعيش أكثر من هذه المدة غالبا[3]، وقيل بمضي تسعين سنة وعليه الفتوى[4]، وقيل يفوض إلى رأي الإمام، فمتى رأى الإمام المصلحة في الحكم بموته قضى بذلك، كون ذلك يختلف باختلاف البلاد والأشخاص، كما أن هذه المدد لا نص فيها[5].

- ثانيا: قول المالكية:

لقد قسم المالكية المفقود إلى أربعة أقسام، وبنوا الحكم بموت المفقود بناء على كل قسم.

أ- مفقود يخرج في وجهة كالتجارة وغيرها، فلا يعرف موضعه، ولا تعلم حياته ولا موته، فهذا تتربص زوجته أربع سنين، ثم تعتد.

ب- مفقود بين الصفين في أرض العدو، فهذا يبقى إلى سن التعمير[6].

ج- مفقود في معترك الفتنة، فهذا يجتهد فيه الإمام.

د- الأسير الذي تعرف حياته وقتا ثم ينقطع خبره، فلا تعرف حياته ولا موته، فهذا يبقى للتعمير[7].

1- المبسوط، 36/11.
2- اللباب في شرح الكتاب، عبد الغني الغنيمي، المكتبة العلمية، بيروت -لبنان-، (دط دت)، ج2، ص216.
3- المصدر نفسه.
4- الفتاوى الهندية، 318/2.
5- تبيين الحقائق، 312/3. شرح فتح القدير، 140/6.
6- اختلف المالكية في سن التعمير فقيل سبعون سنة، وقيل ثمانون، وقيل تسعون، وقيل مائة سنة. المعونة، 533. التاج والإكليل للمواق بهامش مواهب الجليل، ج5، ص505.
7- الاستذكار، 312/17. النوادر والزيادات، 245/5.

- ثالثا: قول الشافعية:

إن الأصل في المفقود عندهم بقاؤه على قيد الحياة، لكن متى يحكم بموته؟ فللشافعية في ذلك قولان:

- القول الأول: بقاؤه على قيد الحياة حتى تقوم البينة بموته[1].

- القول الثاني: قيل: إذا مضت مدة يغلب على الظن موته، وهي غير مقدرة، بل يرجع فيها إلى حكم الحاكم[2].

- رابعا: قول الحنابلة:

قسم الحنابلة المفقود إلى قسمين.

- المفقود في غيبة ظاهرها السلامة، كالسفر للتجارة وطلب العلم، فهذا ينتظر به تسعون سنة من يوم ولادته؛ لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر من هذه المدة، وهو المذهب[3]، وقيل: لا يحكم بموته حتى يتيقن موته، لأن الأصل بقاؤه حيا، وقيل: ينتظر به زمنا لا يعيش مثله غالبا[4].

- المفقود في غيبة ظاهرها الهلاك، كالذي يفقد في الحرب، أو ينكسر به المركب، فهذا يحكم بموته بعد مضي أربع سنوات[5].

- خامسا: قول الظاهرية:

مذهب الظاهرية أن المفقود لا يحكم بموته حتى يصح موته، أو تموت زوجته[6].

1- الوسيط/6،148.

2- الحاوي، 318/11.

3- المغني، 248/11. الإنصاف، 315/7.

4- الإنصاف، 315/7.

5- المغني، 248/11. كشاف القناع، 639/3.

6- المحلى، 134/10.

والراجح من هذه الأقوال -والله أعلم- ألا تقدر مدة الحكم على المفقود، وأن الأمر يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم في كل حالة فَقْدٍ بعينها، كون هذه الحالات تختلف باختلاف الأحوال والأزمان والأمكنة والأسباب التي يفقد فيها الشخص؛ لأن الأخذ بالأربع سنوات مثلا قد يكون طويلا أحيانا، كما يمكن أن يكون قصيرا[1].

لكن السؤال الذي يطرح: هل هذه المدة تفتقر إلى ضرب القاضي لها أم لا؟ ذلك أن دراسة هذه المسألة الفقهية مهمة في أمور عدة منها:

- أن بعض الفقهاء وضعوا مدة تحل بعد مرورها زوجة المفقود للأزواج، وخاصة مسألة العدة، هل تبدأ من تاريخ الفقدان، أم من تاريخ الحكم بوفاته؟ .

- أن الفقهاء قالوا: لا يجوز توريث أحد بالشك، والمفقود بهذا الاعتبار مشكوك في حياته، فإذا مات من يرثه فهل يعطى له نصيبه أم لا؟

- أولا: قول الحنفية:

إن امرأة المفقود تعتد من وقت الحكم على المفقود بالوفاة، كأنه مات معاينة؛ لأن الموت الحكمي يعتبر كالموت الحقيقي[2]، وعلى هذا فلا تحتاج امرأة المفقود إلى إذن الحاكم.

- ثانيا: قول المالكية:

جاء في المدونة ما نصه: "قلت: أرأيت امرأة المفقود تعتد الأربع سنين في قول مالك بغير أمر السلطان؟ قال: قال مالك: لا، قال مالك: وإن أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها إلى السلطان، نظر فيها وكتب إلى موضعه الذي خرج إليه، فإذا يئس منه ضرب لها من تلك الساعة أربع سنين. فقيل لمالك: هل تعتد بعد الأربع سنين عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا من

1- الشرح الممتع، 373/13.

2- العناية، 149/6. الفتاوى الهندية، 318/2.

غير أن يأمرها السلطان بذلك؟ قال: نعم، ما لها وما للسلطان في الأربعة أشهر التي هي العدة"[1].

وقال الباجي: وحكم الإمام بأربع سنين حكم للزوجة عليه بذلك، فإذا انقضت أربع سنين كان لها أن تعتد دون إذن الإمام، فإذا انقضت عدتها حلت للأزواج[2].

- ثالثا: قول الشافعية:

للشافعية في هذه المسألة قولان.

- القول الأول: ابتداء المدة من حين أمرها الحاكم بالتربص؛ لأن هذه ثبتت بالاجتهاد فافتقرت إلى حكم الحاكم كمدة التعنين، وهو القول الأظهر.

- القول الثاني: إن ابتداء المدة من حين انقطاع خبره[3].

- رابعا: قول الحنابلة:

قال صاحب المغني: "وهل يعتبر ابتداء المدة من حين الغيبة، أو من حين ضرب الحاكم المدة؟ على روايتين: إحداهما يعتبر ابتداؤها من حين ضربها الحاكم، لأنها مدة مختلف فيها، فافتقرت إلى ضرب الحاكم كمدة العنة؛ والثانية من حين انقطع خبره[4]".

ورجحت الرواية الثانية، قال صاحب الإنصاف: "وعدم افتقار ضرب المدة من الحاكم من مفردات المذهب"[5].

1- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي- رواية سحنون-، دار الكتب العلمية، ط1، (1415/ 1994)، ج2، ص30 -31.

2- المنتقى، 360/5.

3- المجموع، 442/19. البيان،46/11. الحاوي، 318/11.

4- المغني، 251/11.

5- الإنصاف، 300/9.

- **خامسا: مذهب الظاهرية:**

إن ابتداء مدة التربص من حين أمرها الحاكم، فإذا انتهت المدة تزوجت إن شاءت[1].

والراجح من هذه الأقوال التي ذكرها الفقهاء، القول الذي يرى مراجعة الحاكم في ضرب المدة، وذلك قصد ضبط الأمور، ولأنها مدة مختلف فيها، ولأن مدة التربص تختلف باختلاف حالة الفقدان كونها يغلب فيها الهلاك، أو تغلب فيها السلامة، فهذه الأمور لا يصح تقديرها من المرأة لما يترتب على ذلك من أمور خطيرة، كزواجها بحجة انقضاء مدة التربص والواقع خلاف ذلك[2].

الفرع الرابع: أثر ظهور الغائب غيبة منقطعة (المفقود) حيا

بعد أن تناولنا مسألة حكم طلب الزوجة الفرقة للفقد، وترجيح الرأي الذي يرى جواز الفرقة بناء على الحكم بوفاة المفقود، لكن السؤال الذي يُطرح هو ماذا لو عاد المفقود حيا؟، خاصة إذا ارتبطت زوجته برجل آخر، فما حكم هذا الارتباط من جهة بقائه أو بطلانه وزوال كامل آثاره؟

- **أولا: قول الحنفية:**

إذا ظهر الزوج المفقود حيا بعد الحكم بوفاته، فالزوجة زوجته بكل حال، سواء تزوجت بغيره أم لم تتزوج، دخل بها أم لم يدخل؛ إلا أنه لا يقربها كونها معتدة لغيره كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة.

ورد الحنفية على القائلين بالتخيير فقالوا:

أما تخيير عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- فقد صح رجوعه عنه إلى قول علي بن أبي طالب -رضي الله عنه-، فإنه كان يقول: يفرق بينهما، وترد إلى زوجها الأول، ولها المهر بما استحل من فرجها؛ لأنه تبين أنها تزوجت وهي منكوحة، ومنكوحة الغير ليست من المحللات،

1- المحلى، 135/10.

2- المفصل، 447/8. الشرح الممتع، 374/13.

بل من المحرمات في حق جميع الناس لقول الله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآَتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾[1]، فكيف يستقيم تركها مع الثاني.

وإذا اختار الأول المهر، ويكون النكاح منعقدا بينهما، فكيف يستقيم دفع المهر إلى الأول وهو بدل البضع، فيكون مملوكا لها دون زوجها، كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة، فعرفنا أن الصحيح أنها زوجة الأول[2].

- ثانيا: قول المالكية:

الحكم عند المالكية في هذه المسألة يختلف باختلاف حال المرأة، أي إذا كان قبل الدخول فلها حكم، وإذا كان بعد الدخول فلها حكم آخر.

أ- إذا عاد الزوج الأول بعد أن تزوجت وقبل دخول الثاني بها: للمالكية في هذا قولان:

- القول الأول: إذا تزوجت امرأة المفقود بعد عدتها، ثم قدم زوجها الأول قبل دخول الثاني بها، فهي للزوج الثاني ولا سبيل للأول إليها.

قال مالك: "وإن تزوجت بعد انقضاء عدتها فدخل بها زوجها، أو لم يدخل بها فلا سبيل لزوجها الأول إليها". قال: وذلك الأمر عندنا[3].

- القول الثاني: أن زوجها الأول هو أحق بها[4].

قال ابن عبد البر بعد ذكره للقولين: إن القول الثاني هو الصحيح من طريق الأثر، لأننا قلدنا فيه عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-[5].

1- النساء 24.

2- المبسوط، 37/11.

3- أخرجه مالك، كتاب الطلاق، باب عدة التي تفقد زوجها، 352.

4- التلقين 311. التفريع 108/2.

5- الكافي 260.

ب– أن تكون الزوجة قد تزوجت ودخل بها الثاني.

إذا تزوجت امرأة المفقود بعد مرور المدة المقررة، وانتهاء عدتها، ودخل بها الثاني، فلا سبيل لزوجها الأول إليها[1].

قال مالك: "أدركت الناس ينكرون الذي قاله بعض الناس عن عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– أنه قال: يُخير زوجها الأول إذا جاء في صداقها أو في امرأته"[2].

قال الباجي: وهذا الإنكار يحتمل وجهين.

1- أنهم ينكرون هذا القول مع صحته عن عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– ولكنهم لا يرونه، ولا يعملون به، وذلك أنه من بنى بامرأته ثم طرأ ما يوجب الفرقة فلا سبيل له إلى المهر.

2- أنهم ينكرون الرواية، وهذا قد رواه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن المسور أن عمر وعثمان –رضي الله عنهما– قضيا في المفقود أن امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرا ثم تتزوج، فإذا جاء زوجها الأول خُير بين امرأته والصداق[3].

– ثالثا: قول الشافعية:

ذكرنا فيما سبق أن للشافعية في امرأة المفقود قولين؛ وبناء على هذين القولين نبين أثر ظهور المفقود حيا.

أ– على القول الجديد:

امرأة المفقود على القول الجديد هي زوجة الأول، وسواء دخل بها الثاني أم لم يدخل بها، وبيان ذلك أنه إذا لم يدخل بها الثاني فُرق بينهما ولاشيء عليه، وحلت للأول من وقتها،

1- التلقين311. القوانين الفقهية، 222.

2- أخرجه مالك، كتاب الطلاق، باب عدة التي تفقد زوجها، 352.

3- المنتقى، 363/5-364. وقال" وهذه الرواية على ما فيها من الإرسال، فلا يمتنع أن تنكر على روايتها، فإن معمرا قد روى بالعراق عن الزهري أحاديث من حفظه، وَهَمَ في كثير منها، وقد تنكر الرواية على الثقة إذا انفرد بها، وخالف المشهور المحفوظ". المصدر نفسه.

وإذا دخل بها الثاني فرق بينهما وكان وطء شبهة يوجب لها مهر المثل دون المسمى وعليها العدة، وهي محرمة على الأول ما لم تنقض عدتها، فإذا انقضت عدتها حلت للأول[1].

ب- على القول القديم.

وفيه عدة أقوال منها:

- القول الأول: وهو قول جمهور الشافعية، وهو محمول على معنى حكم الحاكم، هل نفذ في الظاهر و الباطن معا، فإن نفذ في الظاهر والباطن معا بطل نكاح الأول، ويكون نكاح الثاني صحيحا، وإن نفذ في الظاهر دون الباطن فنكاح الأول ثابت سواء نكحت بعده، أو لم تنكح لتحقق الحياة، ويكون نكاح الثاني صحيحا.

- القول الثاني: أن نكاح الأول باطل في الحالتين، لأنه علة الفسخ انقطاع خبره، وهذه العلة موجودة، فإن تزوجت كان نكاح الثاني صحيحا[2].

- رابعا: قول الحنابلة:

للحنابلة نفس التقسيم الذي أخذ به المالكية، وهو النظر إلى حال المرأة هل دخل بها الثاني أم لا؟

أ- إذا قدم زوجها الأول قبل زواجها من الثاني:

فإذا عاد الزوج الأول قبل أن تتزوج من الثاني فهي امرأته؛ لأن إباحة الزواج لامرأة المفقود لكونه ميتا، فإن ظهر حيا بقي النكاح بحاله.

ب- إذا قدم زوجها الأول وتزوجت من الثاني:

في هذه الحالة ينظر في حالها إذا دخل بها الثاني أو لم يدخل بها.

1- إن تزوجت من الثاني وقبل الدخول بها، فهي زوجة الأول ترد إليه.

1- الحاوي، 320/11. المهذب، 125/3.

2- الحاوي، 320/11-321. المهذب، 125/13. المجموع، 444/19.

2- وإن تزوجت ودخل بها الثاني، خيير الأول بين أخذها فتكون زوجته بالعقد الأول، وبين أخذ صداقها، وتكون زوجة الثاني، وهذا المذهب.

ويجب على الأول اعتزالها حتى تنقضي عدتها من الثاني، وإن لم يخترها الأول بقيت مع الثاني، والصحيح أن يستأنف لها عقدا جديدا لبطلان عقده بمجيء الأول، فإن زوجة الإنسان لا تصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها[1].

- خامسا: قول الظاهرية.

ذهب الظاهرية إلى القول بتخيير الزوج العائد بين الصداق الذي أصدقها، وبين أن ترد إليه زوجته، ويُفسخ نكاح الثاني، أو يزوجه الإمام امرأة أخرى[2].

وكخلاصة لما تم عرضه من أقوال الفقهاء نخلص إلى ما يلي:

- إذا عاد الزوج الأول قبل زواج الثاني بها فهي زوجته عند جميع المذاهب.

- إذا عاد الزوج الأول بعد زواجها من الثاني وقبل دخوله بها، فهي زوجته عند جميع المذاهب.

- إذا عاد الزوج الأول بعد زواجها من الثاني وبعد دخوله بها، فهنا تشعبت أقوال الفقهاء إلى ما يلي:

- هي زوجة الأول عند الحنفية والشافعية على القول الجديد.
- هي زوجة الثاني عند المالكية وجمهور الشافعية على القول القديم.
- التخيير عند الحنابلة والظاهرية بين أخذ الثاني لها، وبين تركها وله الصداق.

والراجح من هذه الأقوال التي ذكرها فقهاء المذاهب -والله أعلم- أن الزوج الأول بالخيار مطلقا، وسواء قبل دخول الثاني أو بعده، فإن أبقاها الزوج الأول للثاني فهي له، ويأخذ

1- المغني،11/252-253. الإنصاف، 9/302-303.
2- المحلى، 10/135.

منه الصداق. ويرجع سبب هذا الترجيح إلى أن هذا القول مروي عن كبار الصحابة كعمر وعثمان –رضي الله عنهما–[1].

1- الشرح الممتع، 376/13.

المطلب الثاني: حكم الفرقة للغيبة المنقطعة (الفقد) في قانون الأسرة الجزائري

جاء في نص المادة 112 من ق.أ.ج ما نصه: " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

فبحسب المادة 112 إذا فقد شخص، أو غاب وانقطعت أخباره، ولم يعرف مكان وجوده، وتسبب غيابه في ضرر الزوجة، فلها طلب التطليق بناء على نص المادة 53 الفقرة الخامسة[1].

ويلاحظ من نص هذه المادة أن المفقود يأخذ حكم الغائب في حق الزوجة طلب التطليق، غير أن المشرع الجزائري ميَّز بينهما في الوصف؛ كما أن للمفقود أحكاما خاصة به في ق.أ.ج، وهي أنه لا يمكن للزوجة طلب التطليق إلا بعد صدور حكم قضائي بموت المفقود، وذلك بعد مرور فترة زمنية حددها المشرع الجزائري.

الفرع الأول: القواعد الإجرائية لدعوى الغيبة المنقطعة(الفقد)

تتمثل القواعد الإجرائية والموضوعية لدعوى الفقدان في الشكل القانوني الذي ترفع به الدعوى أمام القضاء، والشروط المقررة لقبولها من صفة ومصلحة كما جاء في نص المادة 13 من ق.إ.م.إ: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتلمة يقرها القانون"، وبيان الجهة القضائية المختصة محليا ونوعيا للنظر في الدعوى كما جاء في نص المادة15 من نفس القانون.

– أولا: إجراءات رفع الدعوى.

إن المقرر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن الإجراء القانوني لرفع الدعوى القضائية يتمثل في عريضة مكتوبة ومُوَقعة من المُدَّعي أو وكيله، والتي يجب أن تتضمن البيانات الأساسية المنصوص عليها في المادة 13 من ق.إ.م.إ، ثم عرض موجز للوقائع من تقديم الطلبات التي يريد المدعي القضاء له بها. وتثبت الصفة لرافع دعوى الفقدان لكل من الورثة، والنيابة العامة، وعموما لكل ذي مصلحة، وهذا ما نصت عليه المادة 114 من ق.أ.ج بقولها: "يصدر

1- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، 270.

الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة، أو من له مصلحة، أو النيابة العامة".

ومن الصيغ التي ترفع بها عريضة دعوى الفقدان أمام الجهة المختصة العريضة التالية:

محكمة مستغانم.

قسم شؤون الأسرة.

- عريضة افتتاحية للدعوى -

تتضمن دعوى الفقد طبقا لنص المادة 109 وما يليها من قانون الأسرة الجزائري.

إلى السيد رئيس المحكمة

قسم شؤون الأسرة

- في حق السادة.................................القائم في حقهم أ(ب.م)

- ضد: السيد وكيل الجمهورية لدى المحكمة.

- ليطيب للمحكمة الموقرة -

يتشرف المدعون بواسطة دفاعهم بأن يتقدموا أمام المحكمة الموقرة بعريضتهم الافتتاحية المتضمنة دعوى الفقد ويثيرون الدفوع التالية في الشكل والموضوع على النحو التالي.

<u>من حيث الشكل:</u>

- حيث إن المدعين يحترمون الأشكال والأوضاع المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا سيما المواد 13،14،15،16،17، منه والمادة 109 وما بعدها من قانون الأسرة.

- حيث إن الدعوى جديرة بقبولها شكلا.

<u>من حيث الموضوع:</u>

- حيث إن المفقود (ب ع) قد تزوج ....

- حيث نتج عن هذا الزواج أولاد ....

- حيث إن السيد (ب ع) غادر البيت منذ سنة 1990 إلى يومنا هذا، و لم يظهر عليه أي خبر يذكر، وهذا ما تثبته شهادة الشهود المرفقة.......................................

- حيث إنه بالرجوع إلى المادة 114 من قانون الأسرة التي تمنح من له مصلحة بتقديم طلب الفقد.

- حيث إن المادة 111 من قانون الأسرة تعطي للقاضي التصرف في الملف بتعيين قيم على ممتلكات المفقود عينية كانت أم عقارية.

- لهذه الأسباب ومن أجلها -

يلتمس المدعون من المحكمة الموقرة.

- في الشكل:

قبول الدعوى شكلا.

- في الموضوع:

الحكم بفقد السيد (ب ع) الذي تغيب منذ سنة 1990 إلى يومنا هذا، طبقا لنص المادة 109 من قانون الأسرة.

والحكم تبعا بتعيين مقدم على أموال المفقود بعد حصر التركة طبقا لنص المادة 111 من قانون الأسرة.

مستغانم في: تحت جميع التحفظات.

عن المدعين وكيلهم أ(ب م)

الفرع الثاني:الأحكام القانونية للغيبة المنقطعة (الفقد)

ذكرنا سابقا أن الزوجة لا يحق لها طلب الفرقة للفقد إلا بعد صدور حكم قضائي يثبت موت المفقود، وهو شرط جوهري، كونه الوسيلة الوحيدة لإضفاء صفة الفقد على الشخص، ولا يصدر هذا إلا بعد مرور سنة على الأقل من تاريخ الفقدان بعد البحث والتحري بكافة الوسائل.

لكن كان بوسع المشرع ألا يحيل على الفقرة الخامسة من المادة 53 من ق.أ.ج، ويمدد المهلة زيادة في البحث والتحري عن الزوج المفقود، علما أنه لا يحكم بموته إلا بعد مضي أربع سنوات من تاريخ الفقدان[1]؛ وهذا ما سنبينه من خلال الحكم التالي:

بيان وقائع الدعوى[2].

بموجب عريضة افتتاحية مودعة لدى أمانة ضبط محكمة مستغانم، فرع شؤون الأسرة بتاريخ 08/ 2011/05 تحت رقم 2234-11، أقام المدعون..........ضد السيد وكيل الجمهورية جاء فيها على لسان وكيلهم الأستاذ.............أن (ب.ع) غادر البيت منذ سنة 1990 إلى يومنا هذا ولم يظهر عليه خبر، وتطبيقا للمادة 114 والمادة من قانون الأسرة يلتمسون الحكم بفقد السيد (ب ع) المولود بتاريخ................. وتعيين أحد إخوته كمقدم على أمواله.

- أدرجت القضية للفصل فيها بجلسة 2011/06/13 بعد تقديم النيابة التماساتها .

وعليه فإن المحكمة.

- بعد الإطلاع على العريضة الافتتاحية والوثائق المرفقة.

1- شرح قانون الأسرة المعدل، 201-202.

2- حكم صادر عن مجلس قضاء مستغانم، محكمة مستغانم، قسم شؤون الأسرة، رقم الجدول11/02234، رقم الفهرس 0278 /11، تاريخ الحكم 2011/06/13.

- بعد الإطلاع على المواد7،8،11،13،14،16،18،19،40،419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- بعد الإطلاع على أحكام قانون الأسرة، لا سيما المواد 3 مكرر، 101 منه.

- بعد الاطلاع على رأي النيابة.

- بعد النظر قانونا.

- حيث إن الدعوى استوفت شروط رفعها مما يتعين التصريح بقبولها شكلا.

- حيث إن المدعين رافعوا السيد وكيل الجمهورية، والتمسوا الحكم بفقد السيد (ب.ع) المولود بتاريخ .... وتعيين أحد إخوته كمقدم على أمواله.

- حيث ممثل النيابة التمس تطبيق القانون.

- حيث تبين للمحكمة أن المدعين يمنحهم القانون الصفة والمصلحة في طلب الحكم بالفقد طبق لنص المادة 114 من قانون الأسرة.

- حيث إن المحكمة لإثبات واقعة الفقد أمرت بإجراء تحقيق بتاريخ 2011/06/06 والذي تم من خلاله سماع كل من الشاهدين: السيد.........المولود................................ والسيد............والمولود..........................اللذين صرحا بعد أدائهما اليمين القانونية أنهما يعلمان أن المدعو (ب.ع) غادر مترله منذ سنة 1990 ولحد الآن لم يعرف مكانه ولا حياته من مماته، وحرر محضر بذلك بالتاريخ المذكور أعلاه.

- حيث تطبيقا للمادة 109 من قانون الأسرة، فإن المفقود هو الشخص الغائب والذي لا يعرف مكانه ولا حياته من مماته.

- حيث ثبت لهيئة المحكمة من خلال التحقيق المجرى بسماع الشهود أن المسمى (ب.ع) غادر مسكنه منذ سنة 1990 ولا يعرف مكانه ولا حياته من مماته، وتطبيقا للمادة 109 من قانون الأسرة فإنه يعتبر في حكم المفقود، مما يجعل طلب المدعين مؤسسا ويتعين الاستجابة له.

- حيث تطبيقا للمادة 111 من قانون الأسرة فإن المحكمة تعين المدعوة (ب.خ) لتسيير أموال المفقود.

- حيث إن المصاريف القضائية تقع على عاتق المدعين طبقا للمادة 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولهذه الأسباب:

حكمت الحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة حكما ابتدائيا، علنيا، حضوريا بما يلي:

- في الشكل: قبول الدعوى شكلا.

- في الموضوع: الحكم بفقد السيد (ب.ع) المولود بتاريخ..................وتعيين (ب.خ) المولودة بتاريخ..........كمقدمة لتسيير أموال المفقود.

تحليل الحكم الصادر.

من خلال هذا الحكم الصادر في قضية الحال يتبين أن المحكمة طبقت جميع المواد والإجراءات القانونية المتعلقة باستصدار حكم يتعلق بالفقد من خلال تعريف المفقود، وبيان من يحق لهم رفع الدعوى، وكذا تعيين مقدم على أموال المفقود، وإجراء التحقيق.

إن تاريخ إيداع عريضة الدعوى والذي كان بتاريخ 2011/05/08، وتاريخ صدور الحكم والذي كان بتاريخ 2011/06/13 يتبين أن مدة الفصل في هذه القضية كان في حدود شهر مع احتساب عطل الأسبوع، والأخذ بالحسبان الاكتظاظ أمام قسم شؤون الأسرة، هذا ما يعطي مدة أقل لإجراء تحقيق كاف حول حالة الفقد، وتظهر هذه النتيجة في تاريخ إجراء التحقيق والذي كان يتاريخ 2011/06/06.

بعد القراءة كذلك يتبين نوعية التحقيق المجرى، والمتمثل في سماع الشهود فقط، وأظنه إجراءًا غير كاف لاستصدار حكم يتضمن موتا حكميا ضد شخص؛ بل لابد من التحري أكثر، كالتأكد من اسم المفقود في مراكز الحدود كونه خرج من البلاد أم لم يخرج، والاستفسار عنه في السفارات وغير ذلك من طرق البحث.

إن من أهم المسائل التي أهملها منطوق الحكم هي مسألة ابتداء حساب مدة الفقد، هل من تاريخ النطق بالحكم، أم من تاريخ الفقد؟ وهذه المسألة هي التي أشارت إليها المادة 113 من ق.أ.ج، هذه المسألة التي سأبين موقف القضاء منها من خلال الحكم الموالي؛ لأن المهم ليس

ذكر النصوص القانونية فقط، وإنما الأهم هو البحث والتنقيب عن موقف القضاء من ذلك، وبخاصة المحكمة العليا.

- موقف المحكمة العليا من الملف رقم 290808 الصادر في 2002/04/10.

أخذت المحكمة العليا على قرار مجلس قضاء المدية بتاريخ 2001/06/11 أن قضاة الموضوع قد تجنبوا الصواب، وخالفوا أحكام المادة 113 من قانون الأسرة، ومن ثم عرضوا قرارهم للنقض؛ لأن المادة المذكورة تجيز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية، وتجعل الفقدان من تاريخ الفقد.

إن الحكم القضائي الصادر في قضية الحال كان بتاريخ 1994/09/24 وهو التاريخ الذي كان يستوجب على القضاة أخذه بعين الاعتبار لحساب مدة أربع سنوات، وليس من تاريخ النطق بالحكم القاضي بالفقدان الصادر عن محكمة المدية بتاريخ 2000/11/18.

لهذا قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بقبول الطعن شكلا وموضوعا، ونقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء المدية بتاريخ 2001/06/11 وإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل في القضية من جديد طبقا للقانون[1].

وبهذا يكون اجتهاد المحكمة العليا في هذه المسألة يساير مذهب الحنفية والمالكية من أن الحكم بوفاة المفقود يبدأ من تاريخ الفقد، وليس من تاريخ النطق بالحكم .

1- مجلة المحكمة العليا، العدد01، سنة 2006، ص 106-110-111.

الفرع الثالث: أثر الحكم بالفرقة للغيبة المنقطعة (الفقد)

بالنظر في المادة 53 الفقرة الخامسة، والمادة 112 التي أحالت على المادة السابقة من ق.أ.ج والتي أجازت للمرأة طلب التطليق للفقد، فإنها لم تتعرض إلى ذكر الآثار المترتبة عن الحكم بالتطليق، لكن بالعودة إلى نصوص أخرى من نفس القانون يتبين أن الحكم بالتطليق حكمه حكم الطلاق، كون المشرع الجزائري أدرج التطليق في باب الطلاق؛ وعلى هذا فالآثار المترتبة عن الطلاق تنسحب على الحكم بالتطليق، والتي حددها المشرع الجزائري في المواد 58-59-60 من ق.أ.ج.

والمتأمل في هذه المواد يجدها حددت أثر الحكم بالتطليق على عدة الزوجة موافقة في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية، حيث إنها لم تأت بشيء جديد، كون أحكام العدة أحكاما شرعية توقيفية؛ بل كل ما في الأمر أن المشرع صاغها صياغة مخالفة للصورة التي صاغها القرآن الكريم[1].

والأثر الذي نريد الإشارة إليه في هذا الفرع هي العِدَّة[2]، والتي لا يهمنا منها إلا مدتها، وتاريخ ابتدائها.

1- الزواج والطلاق في قانون الأسرة، 286.

2- لغة: مأخوذة من العَدِّ والحساب ، وسميت بذلك لاشتمالها على العدد من الأقراء والأشهر غالبا. لسان العرب 2834/32. أما في الاصطلاح: المدة التي تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة الرحم، أو للتعبد، أو للتفجع على فقدان الزوج. شرح فتح القدير، 275/4. حاشية الدسوقي، 468/2. الوسيط في المذهب، 113/6. المغني، 193/11. وهي واجبة على المرأة عند وجود سببها، والأصل في وجوبها الكتاب والسنة النبوية والإجماع. المغني، 193/11. فمن الكتاب قول الله تعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾، البقرة228. ومن السنة ما ثبت عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تُحِدَّ على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج فإنها تُحِدُّ عليه أربعة أشهر وعشرا". أخرجه البخاري كتاب الحيض، باب الطيب للمرأة عند غسلها من المحيض، الحديث رقم 133، 117/1. وكتاب الجنائز، باب إحداد المرأة على غير زوجها، الحديث رقم 1280، 349/1. وكتاب الطلاق، باب الكحل للحادة، الحديث رقم 5339، 421/3. ومسلم، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة ايام، 202/4. والحكمة منها كثيرة منها: العلم براءة الرحم كي لا تختلط الأنساب، وتعظيم خطر الزواج وإظهار شرفه، وتطويل زمن الرجعة للمطلق، وإظهار الحسرة

حيث نصت المادة59 من ق.أ.ج على ما يلي: " تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ الحكم بفقده"، فمتى حكم بموت المفقود تعتد زوجته عدة الوفاة[1].

ويظهر كذلك من نص المادة 59 من ق.أ.ج أن زوجة المفقود، والمتوفى عنها زوجها يخضعان لمبدأ واحد فيما يخص العدة، ولا يختلفان إلا من حيث بداية احتساب مدة العدة، فابتداء عدة المتوفى عنها زوجها من تاريخ الوفاة، وعدة زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بالفقد، وهذا ما جاء مبينا في نص المادة 113 من ق.أ.ج[2].

الفرع الرابع: أثر ظهور الغائب غيبة منقطعة(المفقود) حيا في قانون الأسرة الجزائري

إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم عليه بالوفاة، وسواء في ذلك قبل ارتباط زوجته بغيره، أو بعد ذلك؛ فإن هذه المسألة الفقهية التي تناولها الفقه الإسلامي لم يتطرق إليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، والسبب في تقديري – والله اعلم – يرجع إلى سببين هما:

1- إن المشرع الجزائري قد أحال على المادة 222 من ق.أ.ج والتي تنص على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص قانوني، وبهذا نكون أمام قول المذهب المالكي في هذه المسألة.

2- أما السبب الثاني فإن المشرع الجزائري لم يرد التطرق إلى هذه المسألة عمدا كونها نادرة الوقوع، إن لم أقل منعدمة، لذا لم يتناولها بالذكر، وركز على مسألة التطليق إذا طلبته الزوجة

على فقد الزوج وذلك بمنع الزينة وغيرها، ومشاركة أهل الزوج حزنهم. الفقه الإسلامي وأدلته، 627/7. الموسوعة الفقهية الكويتية، 29، 307.

1- قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، عبد الفتاح تقية، منشورات ثالة، رقم النشر2001/228، ص 244.

2- الوجيز في شرح قانون الأسرة، 374. الزواج والطلاق في قانون الأسرة، 288.

قصد دفع الضرر عنها، وكذا مسألة أموال المفقود لتعلقها بالورثة وذلك من خلال حصرها وتعيين مقدم عليها.


الخاتمة

الحمد لله الذي تتم به الصالحات، والصلاة السلام على سيدنا محمد – صلى الله عليه وسلم – أما بعد:

على ضوء ما تم ذكره خلال هذا البحث، من آراء ومناقشة وتحليل وترجيح ومقارنة لمسألة الغيبة وأثرها في مسألة التطليق بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، تم التوصل إلى ما يلي:

1- بعد أن ذكر الفقهاء تعريفا للغائب، والحالات التي يكون عليها تم استخلاص تعريف للغيبة انطلاقا من القيود التي ذكروها بأنها " الظرف المانع من عودة الشخص إلى أهله".

2- لقد كان هناك تقارب واضح بين ما جاء في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري حول مفهوم الغيبة، ولا يوجد بينهما فرق جوهري إلا في بيان صورها، والحالة التي يكون عليها الغائب؛ إذ ذكرها الفقه الإسلامي بتوسع، على خلاف القانون الجزائري الذي اقتصر على بعض صورها، وأظن أن سبب ذلك راجع لمقتضيات كل عصر؛ كما أن الفقهاء ربطوا مسمى الغيبة بالأزمنة غالبا وليس بالأمكنة.

3- إن من أهم الفروق لصور الغيبة التي أشار المشرع الجزائري وخاصة صورة الفقد، والغيبة بدون عذر ولا نفقة بعد مرور سنة كالتالي:

* الغيبة بدون عذر بعد مرور سنة يكون الغائب فيها كامل الأهلية القانونية ومُتَيقَن الحياة، إلا أنه ليس له محل إقامة معلوم، على خلاف المفقود.

* الغيبة بدون عذر بعد مرور سنة يكون الغائب يكون الغائب فيها خارج البلد، ويتعسر عليه إدارة شؤونه بنفسه، على خلاف المفقود الذي يمكن أن يكون داخل البلد أو خارجه.

4- من خلال ذكر مسألة الحكم على الغائب من حيث الجواز والعدم، يبدو أن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي هو المذهب القائل بالجواز، هذا المذهب الذي يتناسب وظروف العصر الذي نعيشه، حيث كثرت أعداد الغُيَّب عن أهاليهم.

هذا الرأي الراجح في الفقه الإسلامي يوافق ما عليه العمل في القانون الجزائري.

5- إن الفقه الإسلامي في القول الذي رُجِّح، وقانون الأسرة الجزائري قد منحا الزوجة الحق في طلب الفرقة بينها وبين زوجها الغائب؛ غير أنهما يختلفان في السبب الذي يجيز طلب الفرقة؛ إذ جعل الفقه الإسلامي مبرر ذلك فقد الزوجة لحقها في الوطء ، بينما ربط القانون الجزائري ذلك بعدم النفقة، ولعل الأنسب للوقت الحالي الذي انتشرت فيه الرذيلة، وغابت فيه الفضيلة جواز الفرقة دون ربطها بالنفقة، كي لا يكون هناك تضييق على المرأة وإجبارها على وضع لا تُطيقه، خاصة وأن الدافع إلى الوقوع في المحرم كثير.

6- إن تأكيد المشرع الجزائري على توافر جميع شروط طلب التطليق التي يَتَعَسَّر اجتماعها كاملة هدفه الحفاظ على وحدة الأسرة من التفكك، والتضييق من دائرة طلب التطليق.

7- إن مسألة الحكم على وفاة المفقود وانتظار زوجته مدة معلومة تكون بحسب اجتهاد الحاكم بالنظر إلى حال كل شخص، والظروف المحيطة بفقده؛ وإنَّ الآثار الواردة عن الصحابة في تقدير المدة بأربع سنين قضايا أعيان لا تقتضي العموم.

8- إن مسألة الحكم بموت المفقود تكاد تكون محل اتفاق جميع الفقهاء، حتى أولئك الذين لا يجيزون التفريق للغيبة بنوعيها، وإن اختلفوا في المدة التي يحكمُ فيها عليه.

9- شمولية الشريعة الإسلامية لجميع جوانب الحياة، وإحاطتها بحياة الفرد العادية والاستثنائية؛ ويظهر هذا من خلال الحكم بالفرقة بين الزوجة وزوجها الغائب.

10- بالرغم من أن قانون الأسرة الجزائري قد استقى غالبية أحكامه من التشريع الإسلامي، فقد تسجيل بعض النقائص والثغرات التي وقفت عندها في هذا البحث فيما ظهر لي، وعليه فإني أقترح بعض التعديلات للمواد التي ذكرتها في هذا البحث على النحو التالي:

أ- تعديل المادة 53 من ق.أ.ج التي تناولت أسباب التطليق وذلك بما يلي:

- إدخال تعديل على الفقرة الخامسة، وذلك بعدم تقييد حق الزوجة طلب التطليق لغيبة الزوج بعدم الإنفاق، بل بمجرد الغيبة فقط.

- عدم تقييد مدة الغيبة بسنة، بل يرجع في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي.

ب- تعديل المادة 113 من ق.أ.ج وذلك بعدم تقييد مدة الحكم على المفقود بأربع سنوات؛ بل يرجع في ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي، وعلى حسب الأصلح للزوجة، إذ تكون الأربع سنوات أحيانا طويلة.

وأخيرا فإن كنت قد أصبت فبتوفيق من الله وحده، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان الرجيم.

الفـــــهـــارس

أولا: فهرس الآيات.

ثانيا: فهرس الأحاديث.

ثالثا: فهرس الآثار.

رابعا: فهرس القواعد الفقهية والأصولية.

خامسا: فهرس المواد القانونية.

سادسا: فهرس المصادر والمراجع.

سابعا: فهرس الموضوعات.

أولا: فهرس الآيات.

الآية الكريمة	الرقم	الصفحة

سورة الأعراف

﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ...﴾	189	08

سورة الأنبياء

﴿الَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ بِالْغَيْبِ...﴾	49	17

سورة النور

﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ...﴾	48	42

سورة الروم

﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا...﴾	21	08

سورة الأحزاب

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ...﴾	49	78

سورة ص

﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ...﴾	26	36

سورة الطلاق

﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ...﴾	02	36

79	04	﴿ وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ...﴾

ثانيا: فهرس الأحاديث

ثالثا: فهرس الآثار

رابعا: فهرس المواد القانونية

خامسا: فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم: برواية حفص عن عاصم.

-أ-

1- أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين، دار المطبوعات الجامعية، ط1، 1997.

2- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، محمد محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، ط1، 1984.

3- الاستذكار، ابن عبد البر، دار قتيبة، ط1، 1993.

4- الأم، محمد ابن إدريس الشافعي، دار الوفاء، ط1، 2001.

5- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي، دار الكتب العلمية، ط1، 1997. وطبعة بيت الأفكار الدولية، (دت).

6- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، عبد الوهاب خلاف، دار القلم، ط2، 1990.

7- إرواء الغليل، ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، ط1، 1989.

8- أحكام وآثار الزوجية، محمد سمارة، الدار العلمية، ط1، 2002.

9- الإشراف على نكت مسائل الخلاف، أبو محمد عبد الوهاب، دار ابن حزم، ط1، 1999.

10- أسنى المطالب شرح روض الطالب، أبو يحي زكريا الأنصاري، دار الكتب العلمية، ط1، 2001.

11- أحكام القرآن، ابن العربي، دار الكتب العلمية، (دط دت).

12- الأحوال الشخصية، أبو زهرة، دار الفكر، ط2، (دت).

13- أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، العربي بلحاج، ديوان المطبوعات

الجامعية،(دط).

-ب-

14- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين إبراهيم –ابن نجيم-، دار الكتاب الإسلامي، (دط دت).

15- البناية شرح الهداية، العيني، دار الفكر، ط1، 1980.

16- البيان في مذهب الشافعي،أبو الحسين يحي بن أبي الخير بن سالم العمراني، دار المنهاج، (دط دت).

17- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، دار الكتب العلمية، ط2، 1986.

18- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، دار شريفة، (دط دت).

19- بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ابن حجر العسقلاني، دار النهضة، (دط دت).

20- البدر المنير، ابن الملقن، دار الهجرة، ط1، 2004.

-ت-

21- التسهيل الضروري لمسائل القدوري، مكتبة الشيخ بهار آباد، (دط دت).

22- تبصرة الحكام، برهان الدين أبو الوفاء -ابن فرحون-، دار الكتب العلمية، ط1، 1995.

23- التفريع، ابن الجلاب البصري، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1987.

24- تاج العروس، الزبيدي، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ط1، 2001.

25- تقريرات عليش بهامش حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، (دط دت).

26- التاج والإكليل، المواق بهامش مواهب الجليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1995.

27- تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، المباركفوري، دار الفكر، (دط دت).

28- التلقين، أبو محمد عبد الوهاب، مكتبة نزار مصطفى الباز، (دط دت).

29- تلخيص الحبير، ابن حجر العسقلاني، مؤسسة قرطبة، ط1، 1995.

30- التعريفات، الجرجاني، دار الكتاب العربي، ط4، 1998. وطبعة مؤسسة الحسين، ط1، 2006.

-ج-

31- الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، مؤسسة الرسالة، ط1، 2006.

32- الجامع الصحيح، البخاري، المكتبة السلفية، القاهرة، ط1، 1400ه.

33- الجامع الصحيح، الحجاج بن مسلم، الطبعة التركية، (دت).

-ح-

34- الحاوي الكبير، الماوردي، دار الكتب العلمية، ط1، 1994.

35- حاشية الجمل على شرح المنهج، العجيلي المعروف بالجمل، دار الكتب العلمية، ط1، 1996.

36- حاشية الدسوقي، شمس الدين بن عرفة، دار إحياء الكتب العربية، (دط دت).

-د-

37- الدرر المنظومات، شهاب الدين إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن الدم، دار الكتب العلمية، ط1، 1987.

38- دار معارف القرن العشرين، محمد فريد وجدي، دار المعرفة، ط3، 1971.

-ذ-

39- الذخيرة، القرافي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994.

-ر-

40- رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 2003.

-ز-

41- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، عبد العزيز سعد، دار البعث، ط1، (دت).

42- الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي،محمد كمال الدين إمام، الدار الجامعية،(دط دت).

-س-

43- السنن الكبرى، البيهقي، دار الكتب العلمية، ط3، 2003.

44- السنن، أبو داود، دار ابن حزم، ط1، 1997.

45- السنن، ابن ماجة، (دط دت).

46- السنن، الدار قطني، مؤسسة الرسالة، ط1، 2004.

47- السنن، سعيد ابن منصور، دار الكتب العلمية، (دط دت).

48- سنن الترمذي، الترمذي، مطبعة مصطفى الحلبي، ط2، 1968.

49- سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة مختصرة، ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، ط1، 2009.

-ش-

50- الشرح الممتع على زاد المستقنع، العثيمين، دار ابن الجوزي، ط1، 1428ه.

51- شرح منتهى الإرادات، البهوتي، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1، 2000.

52- شرح الزركشي على متن الخرقي، مكتبة الأسدي، ط3، 2009.

53- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، دار الخلدونية، ط1، 2008.

54- شرح قانون الأحوال الشخصية، مصطفى السباعي، المكتب الإسلامي، ط7، 1997.

55- شرح فتح القدير، ابن الهمام، دار الكتب العلمية، ط1، 2003.

56- شرح عمدة الفقه، الجبرين، مكتبة الرشد، ط2، 1429.

57- شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بربارة عبد الرحمان، منشورات بغدادي، ط1، 2009.

-ص-

58- صحيح مسلم بشرح النووي، دار التراث العربي، ط3، (دت).

59- صحيح ابن حبان بترتيب بن بلبان، علاء الدين علي بن بلبان ، مؤسسة الرسالة، (دط دت).

-ط-

60- طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية، عمر زودة، المؤسسة العلمية، (دط دت).

-ع-

61- العزيز شرح الوجيز، الرافعي، دار الكتب العلمية، ط1، 1997.

62- عمدة القاري بشرح صحيح البخاري، بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية، ط1، 2001.

-غ-

63- الغائب وأحكام القضاء، عبد الجواد خلف، الدار الدولية للاستثمار، ط1، 2008.

64- غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، ابن نجيم، دار الكتب العلمية، ط1، 1985.

-ف-

65- الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، دار الفكر، ط1، 1985.

66- فتاوى ابن رشد، المختار بن الطاهر التليلي، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1987.

67- الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند،دار الكتب العلمية،ط1، 2000.

68- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، دار المعرفة، (دط دت).

-ق-

69- القوانين الفقهية، ابن جزي، مكتبة الشركة الجزائرية، (دط دت).

70- قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، عبد الفتاح تقية، منشورات ثالة، 2001.

-ك-

71- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ابن عبد البر، دار الكتب العلمية، (دط دت).

72- كتاب الحجة على أهل المدينة، أبو عبد الله بن الحسن الشيباني، دار عالم الكتب، (دط دت).

73- كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، عالم الكتب، ط1، 1997.

74- الكافي، ابن قدامة، دار هجر للطباعة، ط1، 1997.

-ل-

75- لسان العرب، ابن منظور، دار المعارف، (دط دت).

76- اللباب شرح الكتاب، الغنيمي، المكتبة العلمية، (دط دت).

-م-

77- معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس، دار الفكر، (دط دت).

78- المصباح المنير، الفيومي، دار الفكر ، (دط دت).

79- المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، ط1، 1993.

80- المجموع شرح المهذب، الشيرازي، مكتبة الإرشاد، (دط دت).

81- المغني، ابن قدامة المقدسي، دار عالم الكتب، ط3، 1997.

82- المحلى، ابن حزم، إدارة الطباعة المنبرية، دط، 1352.

83- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطابع دار الصفوة، ط1، 1993.

84- مجموع الفتاوى، تقي الدين أحمد ابن تيمية الحراني، دار الوفاء، ط3، 2005.

85- موسوعة فقه ابن تيمية، محمد رواس قلعة جي، دار النفائس، ط2، 1992.

86- المعونة على مذهب عالم المدينة أبو محمد عبد الوهاب، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1998.

87- المهذب في فقه الإمام الشافعي، الشيرازي، دار الكتب العلمية، ط1، 1996.

88- مغني المحتاج، الخطيب الشربيني، دار المعرفة، ط1، 1997.

89- المستوعب، نصر الدين محمد بن عبد الله السامري، مكتبة الأسدي، ط1، 1999.

90- معونة أولي النهى، الفتوحي، مكتبة الأسدي، ط5، 2008.

91- الممتع في شرح المقنع، ابن منجي، مكتبة الأسدي، ط1، 1997.

92- المسند، أحمد ابن حنبل، دار الحديث، ط1، 1995. وطبعة عالم الكتب، ط1، 1998.

93- المستدرك، الحاكم النيسابوري، دار المعرفة، (دط دت).

94- مطالب أولي النهى، الرحيباني، المكتب الإسلامي، ط1، 1961.

95- الموطأ، مالك بن أنس، دار الفكر، ط3، 2002.

96- المصنف، عبد الرزاق، المكتب الإسلامي، ط1، 1983.

97- المبسوط، السرخسي، دار المعرفة، (دط دت).

98- مذكرة فقه، العثيمين، دار البصيرة، ط1، 2001.

99- المنتقى ، الباجي، دار الكتب العلمية، ط1، 1999.

100- مواهب الجليل، الحطاب، دار الكتب العلمية، ط1، 1995.

101- المستدرك على مجموع الفتاوى، محمد عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، دون دار الطبع(على نفقة صاحبه)، ط1، 1418.

102- المعيار المعرب، الونشريسي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1981.

103- المفيد من الأبحاث، محمد الشماع، دار القلم، ط1، 1995.

104- مختصر المزني، أبو إبراهيم إسماعيل بن يحي بن إسماعيل المزني، دار الكتب العلمية، ط1، 1998.

105- موسوعة الحافظ ابن حجر الحديثية، وليد بن أحمد الحسين الزبيري، سلسلة إصدارات الحكمة، ط2، 2002.

106- المقدمات ابن رشد، دار صادر، (دط دت).

107- معجم البلدان، ياقوت الحموي، دار صادر، (دط دت).

108- مصطلحات الفقهاء، محمد إبراهيم الحفناوي، دار السلام، ط2، 2007.

109- المدونة الكبرى، مالك ابن أنس-رواية سحنون-، دار الكتب العلمية، ط1، 1994.

110- المصنف، ابن أبي شيبة، دار قرطبة، ط1، 2006.

-ن-

111- نصب الراية، الزيلعي، مؤسسة الريان، (دط دت).

112- النوادر والزيادات، أبو زيد القيرواني، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1999.

-ه-

113- هداية الراغب، عثمان أحمد النجدي، دار محمد، الطائف، ط1، 1996.

-و-

114- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، ديوان المطبوعات الجامعية،

(دط دت).

115- الوسيط في المذهب، الغزالي، دار السلام، ط1، 2003.

116- الوجيز في فقه الإمام الشافعي، الغزالي، دار الأرقم، لبنان، ط1، 1997.

117- الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، يوسف دلا ندة، دار هومة، طبعة 2009.

118- الواضح في شرح مختصر الخرقي، نور الدين أبو طالب عبد الرحمان البصري، دار خضر، ط1، 2000.

119- الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، مكتبة دار الثقافة، (دط دت).

- الرسائل الجامعية.

120- فقه الإمام البخاري، نور حسن عبد الحليم، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1991.

- المجلات.

121- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، القضاء على الغائب، حسن عبد الغني أبو غدة، مجلس النشر العلمي، العدد 40، سنة 2000.

122- مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2006.

- المواقع الإلكترونية.

123- www.4shared.com. التفريق بين الزوجين للغيبة، عبد العزيز بن محمد عثمان الريش، تاريخ آخر زيارة يوم 05/ 2012/08.

124- ملتقى أهل الحديث، أحكام زوجة المفقود، أبو أحمد الصافوطي، آخر زيارة يوم 27/ 09/ 2012.

سادسا: فهرس الموضوعات

ملخص

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد - صلى الله عليه وسلم- وعلى أصحابه أجمعين أما بعد:
لقد خلق الله تعالى، وجعل منه الزوجين الذَّكر والأنثى، وشرع لهم الزواج قصد بقاء النوع الإنساني؛ هذه العلاقة ضبطها الإسلام ورسم لها الطريق الأمثل كي تبقى قائمة، إلا أن هذه العلاقة قد يطرأ عليها ما يهز كيانها، ومن هذه الحالات حالة غياب الزوج عن زوجته لأسباب منها.
- ترك الأزواج لمقر الزوجية عمدا قصد التملص من أداء الواجبات، والهجرة إلى البلدان المتطورة.

ومن هنا طرحت الإشكالية التالية.

هل أحكام الغَيبة في الفقه الإسلامي هي نفس الأحكام الموجودة في قانون الأسرة الجزائري؟

واعتمدت في بحثي هذا على المنهجية المتمثلة في بيان موقف الشريعة، وقانون الأسرة الجزائري من مسألة الغيبة.

وفيما يتعلق بالدراسات السابقة تم الاعتماد في إنجاز هذه المذكرة على مجموعة من المؤلفات الفقهية الإسلامية، والقانونية، وبعض الرسائل الجامعية.

وفيما يتعلق بخطة البحث فقمت بتقسيم البحث إلى مقدمة وفصلين وخاتمة التي تناولت فيه أهم النتائج المتوصل إليها.

الكلمات المفتاحية:

المفهوم؛ الغَيْبة؛ الحُكم؛ القضاء؛ الأسباب؛ الشروط؛ الصُّوَر؛ التَّفريق؛ الأثر؛ الاستدلال.